

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

**Departamento de Derecho Internacional y Relaciones
Internacionales**



TESIS DOCTORAL

**Responsabilidad internacional penal del individuo por
violaciones de normas de derecho internacional humanitario
relativas a la protección de las personas civiles y la población
civil en los conflictos armados internos**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Israel Antonio Cruz Mate

Director

Manuel Pérez González

Madrid, 2017



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
MADRID



FUNDACIÓN
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET**

DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONALES INTERNACIONALES

**TESIS DOCTORAL
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO
POR VIOLACIONES DE NORMAS DE DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO RELATIVAS A LA
PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES Y LA POBLACIÓN
CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS**

Doctorando
ISRAEL ANTONIO CRUZ MARTE

Director de la Tesis
DR. MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ

**CATEDRÁTICO EMÉRITO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES DE LA
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

**INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET**

**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES
INTERNACIONALES**

TESIS DOCTORAL

**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO
POR VIOLACIONES DE NORMAS DE DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO RELATIVAS A LA
PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES Y LA POBLACIÓN
CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS**

Doctorando

ISRAEL ANTONIO CRUZ MARTE

Dirigida por:

DR. MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ

**CATEDRÁTICO EMÉRITO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES DE LA
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

MADRID, 2015

ÍNDICE

Índice.....	03
Abreviaturas.....	10
Dedicatoria.....	12
Agradecimientos.....	13
Abstract.....	14
Introducción.....	20

CAPÍTULO I.- HACIA UNA REDEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: DESDE SUS ORÍGENES A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS CONTEMPORÁNEOS

Sección Primera. Hacia la formación y transformación de los conflictos armados internos

I.	En la antesala de un conflicto armado interno: las tensiones internas y disturbios interiores. Su falta de regulación.....	31
II.	Las manifestaciones de disturbios interiores como posible origen de un conflicto armado interno.....	40
III.	La posible extensión del derecho internacional humanitario a los disturbios interiores.....	46
IV.	Apreciación objetiva de la existencia de un conflicto armado interno.....	52
	1. El carácter de grupo armado organizado como elemento objetivo de un conflicto armado interno.....	56
	2. Intensidad y prolongación de las hostilidades, dos de los principales requisitos a la determinación de la existencia de un conflicto armado interno.....	65

Sección Segunda. Conflictos armados internos contemporáneos, su dimensión heterogénea

I.	Transformación de los conflictos armados internos: África subsahariana y el conflicto yugoslavo.....	67
II.	La clasificación de las guerras civiles dentro de los conflictos armados Internos.....	73
III.	La intervención armada extranjera y el conflicto armado interno: el conflicto armado interno internacionalizado.....	83
	1. La intervención armada extranjera directa y el conflicto armado interno.....	88
	2. La intervención extranjera colectiva de las fuerzas multinacionales y el conflicto armado interno.....	90
	3. La injerencia extranjera y el conflicto armado interno: entre el control efectivo y el control general. El caso Nicaragua y yugoslavo.....	96

CAPÍTULO II.- CONFLICTOS ARMADOS ENTRE UN ESTADO Y UN GRUPO ARMADO ORGANIZADO DE NATURALEZA TERRORISTA. EL CASO AL QAEDA Y LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS QUE TRASCIENDEN DEL ORDEN INTERNO

Sección Primera. Conflictos armados transfronterizos y transnacionales. El caso especial de Estados Unidos y Al Qaeda

I.	Los conflictos armados internos transnacionales y transfronterizos y el derecho internacional humanitario.....	111
II.	Existencia de un conflicto armado transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda.....	113
	1. ¿Es Al Qaeda un grupo armado organizado?.....	116
	2. El problema del reconocimiento de Al Qaeda como grupo armado organizado.....	122
III.	Sobre la política de Estados Unidos hacia Al Qaeda que derivó en un conflicto armado interno transnacional tras los acontecimientos de 11S.....	124
IV.	Actos de terrorismo de Al Qaeda como actos de guerra.....	129
V.	¿Es susceptible un acto terrorista de ser calificado como un ataque armado que pudiera dar inicio a un conflicto armado?.....	134
VI.	El derecho de legítima defensa contra un ataque terrorista que podría ser calificado de ataque armado.....	139
VII.	El trato que deben recibir los combatientes miembros de Al Qaeda capturados por Estado Unidos en el contexto del conflicto armado internacional e interno transnacional que tuvo como epicentro Afganistán.....	147
VIII.	¿Existe un conflicto armado interno transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda de carácter global regulado por el derecho internacional humanitario de acuerdo a su objeto y fin en el contexto de la “guerra contra el terrorismo”?.....	162
IX.	Hacia el fortalecimiento de las normas que regulan los conflictos armados internos.....	171

Sección Segunda. Los conflictos armados internacionales y la coexistencia de la doble distinción de los conflictos armados clásicos

I.	Conflictos armados internacionales: algunas consideraciones para su redefinición.....	177
II.	La distinción clásica entre los conflictos armados internos y los conflictos armados internacionales, y la norma aplicable.....	183
	1. La calidad de las partes enfrentadas.....	184
	2. Distinción respecto al derecho aplicable.....	185
III.	Las repercusiones del caso Nicaragua v. Estados Unidos en el conflicto yugoslavo: hacia la redefinición de los conflictos armados de carácter mixto: nacional e internacional.....	190
IV.	El rol del CICR en la clarificación de los conflictos armados.....	195

CAPÍTULO III.- LA CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO REGULADOR EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS DIRIGIDO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES Y LA POBLACIÓN CIVIL. EL SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO

Sección Primera. El derecho internacional humanitario: una conquista universal por la supervivencia y la dignidad del ser humano

- I. Origen y evolución de normas de derecho internacional humanitario dirigidas a la protección de personas civiles en los conflictos armados con carácter general.....201
- II. La protección de las personas civiles en los conflictos armados internos..... 205
 - 1. Protección de las personas civiles de acuerdo al artículo 3 común.....206
 - 2. Protección de las personas civiles en el Protocolo Adicional II.....210

Sección Segunda. Caracterización de la protección de las personas civiles de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II

- I. Protección general de las personas que no participen directamente en las hostilidades y las del personal humanitario..... 217
- II. Protección de los rebeldes o miembros de grupos armados organizados: origen y alcance de su protección y la posible equiparación a los prisioneros de guerra.....218
- III. La protección de las personas civiles en un conflicto armado interno multi-étnico: las personas protegidas en los territorios ocupados..... 224
- IV. La protección de las personas civiles y el principio de distinción en los conflictos armados internos..... 231
- V. La protección de la población civil y el principio de distinción en los conflictos armados internos.....236
- VI. Obligaciones de las autoridades estatales y los grupos armados organizados frente a las personas civiles y la población civil en los conflictos armados internos, y respecto de sí mismos.....238
- VII. Protección de las personas civiles y la población civil al inicio del conflicto armado interno..... 242

Sección Tercera. Caracterización de la responsabilidad internacional penal del individuo en los conflictos armados internos

- I. Subjetividad pasiva del individuo: su responsabilidad internacional penal.....244
- II. Responsabilidad internacional penal del individuo y la responsabilidad internacional del Estado: el crimen internacional.....254
- III. Concepto de responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones de normas de derecho internacional humanitario por extensión a los conflictos armados internos..... 258
 - 1. La persecución internacional del individuo por crímenes internacionales cometidos en los conflictos armados internos de acuerdo a la costumbre internacional.....264

2. Los tratados internacionales y la adopción de normas que protegen a las personas civiles y que penalizan al individuo infractor.....	268
3. El deber del Estado de perseguir crímenes internacionales contra las personas civiles, de acuerdo a lo establecido en el cuarto Convenio de Ginebra de 1949 en la Segunda Posguerra.....	272

CAPÍTULO IV.- REPRESION INTERNACIONAL DEL CRIMEN: LOS MECANISMOS DE PERSECUCIÓN EN LA POSGUERRA FRÍA. EL CASO YUGOSLAVO Y LOS CONFLICTOS ARMADOS AFRICANOS

Sección Primera. Conflicto armado en la antigua Yugoslavia

Conflicto armado en la antigua Yugoslavia. Tipología del conflicto.....	276
1. Constatación por la ONU de violaciones graves del derecho internacional Humanitario.....	288
2. Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY).....	292

Sección Segunda. Conflicto armado en Ruanda y Sierra Leona

I. Conflicto armado en Ruanda (1990-1994). Tipología del conflicto.....	301
1. Perpetración de violaciones graves del derecho internacional humanitario: cuestiones previas.....	309
2. El Consejo de Seguridad ante las violaciones graves del derecho internacional humanitario.....	311
3. Medidas urgentes adoptadas por el Consejo de Seguridad para detener los asesinatos en masa.....	318
4. La ambigüedad del Consejo de Seguridad en reconocer de forma expresa la perpetración de genocidio.....	320
5. La tardanza de adopción de medidas eficaces por el Consejo de Seguridad de la ONU para detener el genocidio en Ruanda: la posibilidad de la legalidad de una intervención armada sin su aprobación.....	322
6. Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) por el Consejo de Seguridad de la ONU.....	332
II. Participación del Consejo de Seguridad de la ONU en el establecimiento de los de tribunales mixtos. Caso especial de Sierra Leona.....	335

Sección Tercera. La Corte Penal Internacional (CPI) y su práctica reciente

I. Establecimiento de una Corte Penal Internacional por la comunidad internacional. Competencias, complementariedad y vinculación de la Corte con el Consejo de Seguridad.....	357
II. Jurisdicción de la CPI. Competencias.....	362
III. Principio de complementariedad en el ejercicio de la jurisdicción de la CPI....	366
IV. La vinculación de la CPI al Consejo de Seguridad: entre el riesgo y la Necesidad.....	370
V. La animadversión de Estados Unidos hacia la CPI.....	375
VI. La práctica reciente de la CPI en algunos conflictos armados internos.....	380

1. Remisión por la República Democrática del Congo (RDC), Estado Parte, de su situación a la CPI, de acuerdo al artículo 14 del Estatuto de Roma...	380
2. Remisión por Uganda, como Estado Parte, de su situación a la CPI, de acuerdo al artículo 14 del Estatuto de Roma.....	389
3. Remisión por la República Centroafricana, como Estado Parte, de su situación a la CPI, de acuerdo al artículo 14 del Estatuto de Roma.....	396
4. Remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI de la situación en Darfur (Sudán), actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta.....	398
5. Actuación de oficio por el Fiscal de la CPI sobre la situación en Kenia, en ejercicio del artículo 15 (1) del Estatuto de Roma.....	405
6. Remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI de la situación en la Jamahiriya Árabe Libia, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta.....	411
7. Actuación de oficio por el Fiscal de la CPI sobre la situación en Costa de Marfil, en ejercicio del artículo 15 (1) del Estatuto de Roma.....	416
8. Remisión por Mali, como Estado Parte, de su situación a la CPI, en ejercicio del artículo 15 (1) del Estatuto de Roma.....	418
9. La delicada situación de Siria en el camino a la CPI.....	418
10. Otras posibles situaciones en etapa preliminar.....	420

CAPÍTULO V.- VIOLACIONES GRAVES Y LA COMPLEJA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

I. Protección de bienes jurídicos esenciales individuales en la persecución internacional de individuo por comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario.....	427
II. Violaciones graves del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internos.....	430
III. Comisión de violaciones graves en los conflictos armados internos que derivan en genocidio, crímenes contra humanidad y crímenes de guerra.....	436
1. Persecución del crimen de Genocidio: desarrollo actual.....	438
2. <i>Actus Reus</i> : perpetración de cualquiera de los delitos constitutivos de Genocidio.....	441
A. Matanza de miembros del grupo.....	445
B. Causar lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo.....	446
C. Someter intencionadamente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.....	447
D. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.....	448
E. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.....	450
3. <i>Mens rea</i> y la intención de destruir de forma total o parcial al grupo de acuerdo a la Convención contra el genocidio.....	451
4. <i>Mens rea</i> y la intención de destruir de forma total o parcial al grupo de acuerdo al ECPI.....	456
IV. Tratamiento de los crímenes contra humanidad en su contexto actual: evolución histórica y desarrollo.....	458
1. Elementos constitutivos de los crímenes contra la humanidad.....	465

A. Ataque generalizado o sistemático contra una población civil.....	465
B. El elemento mental de los crímenes contra la humanidad.....	476
2. Actos individuales o específicos.....	479
A. Asesinato.....	479
B. Exterminio.....	483
C. Esclavitud.....	486
D. Deportación o traslado forzoso de población.....	489
E. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.....	492
F. Tortura.....	493
G. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.....	495
H. Persecución.....	497
I. Desaparición forzada de personas.....	502
J. Apartheid.....	504
K. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.....	505
V. Crímenes de guerra en los conflictos armados internos.....	507
1. Elementos constitutivos de los crímenes de guerra.....	510
2. Actos individuales o específicos.....	518
A. Crimen de guerra de homicidio.....	520
B. Crimen de guerra de mutilaciones.....	521
C. Crimen de guerra de tratos crueles.....	522
D. Crimen de guerra de tortura.....	522
E. Crimen de guerra de atentado contra la dignidad personal.....	524
F. Crimen de guerra de toma de rehenes.....	524
G. Crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales.....	526
H. Crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil.....	527
I. Crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra.....	529
J. Crimen de guerra de dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria.....	531
K. Crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos protegidos.....	532
L. Crimen de guerra de saquear.....	533
M. Crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y violencia sexual...	533
N. Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños.....	534
O. Crimen de guerra de desplazar a personas civiles.....	536
P. Crimen de guerra de matar o herir a traición.....	537
Q. Crimen de guerra de no dar cuartel.....	538
R. Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos.....	539
S. Crimen de guerra de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo.....	540

CAPITULO VI.- LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO EN EL ESTADO ACTUAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

Sección Primera. Grandes desafíos en la búsqueda de eficacia por la correcta aplicación de la institución de la responsabilidad internacional penal del individuo

I.	Jurisdicción universal para los crímenes más graves perpetrados contra las personas civiles y la población civil: su impacto actual en la lucha contra la impunidad.....	542
II.	La cuestión de la doble incriminación: violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.....	559
III.	El reto de las amnistías nacionales y su incompatibilidad con las violaciones graves del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos y del Estatuto de Roma.....	568
IV.	Comisiones de la verdad y de reconciliación nacional, su función investigadora, eficacia e incidencia con la labor de la CPI.....	581
V.	Inmunidades de jurisdicción por el cargo oficial y la inmunidad de los Estados como obstáculo en la persecución de los crímenes internacionales....	588

Sección Segunda. Reparación a las víctimas en caso de violaciones graves de normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección de las personas civiles en los conflictos armados internos

I.	Acerca del derecho a reparaciones de las personas civiles en su calidad de víctimas: un derecho ineludible.....	594
II.	Mecanismos de reparaciones a las víctimas de los conflictos armados internos: los estándares internacionales de reparación y su aplicación en períodos de justicia de transición: balance y perspectiva.....	604
1.	Reparación deducida de la persecución internacional del crimen, además de otras formas de reparación.....	606
2.	Reparación en el ámbito doméstico tomando como ejemplo el escenario de algunos conflictos armados internos latinoamericanos.....	609
	Conclusiones.....	629
	Bibliografía.....	649

ABREVIATURAS

AFRC / CRFA: Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas.

AJIL: American Journal of International Law.

EJIL: European Journal of International Law.

CEE: Comunidad Económica Europea.

CIJ: Corte Internacional de Justicia.

CEDEAO: Comunidad Económica de Estados del África Occidental.

CDF / FDC: Fuerzas de Defensa Civil.

CDI: Comisión de Derecho Internacional.

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Comisión IDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPI: Corte Penal Internacional.

ECOMOG: Comunidad Económica de los Estados de África Occidental.

ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional.

FARC-EP: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo.

FRU: Frente Revolucionario Unido.

FPR: Frente Patriótico Ruandés.

FPLC: Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo.

IRRC: International Review of the Red Cross.

JNA / : Ejército Popular Yugoslavo / Yugoslav Peoples`s Army.

LRA: Ejército de Resistencia del Señor / Lord`s Resistance Army.

MDR: Movimiento Democrático Republicano.

OEA: Organización de los Estados Americanos.

ONGs: Organizaciones no Gubernamentales.

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OTAN: Organización del Tratado del Atlántico Norte.

OUA: Organización para la Unidad Africana.

PKK: Partido de los Trabajadores de Kurdistán.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

TESL: Tribunal Especial para Sierra Leona.

REDI: Revista Española de Derecho Internacional.

RDC: República Democrática del Congo.

RICR: Revista Internacional de la Cruz Roja.

RUF: Revolutionary United Front.

UNAMIR: Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda.

UNAMSIL: Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona.

UNMIK: Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo.

UNOMSIL: Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Sierra Leona.

UNTAET: Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental.

UPC: Unión de Patriotas Congoleños.

UPDF: Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda.

VRS: Ejército de la República Srpska / Army of Republika Srpska.

11S: Ataques Terroristas del 11 de Septiembre de 2001 en New York, Washington y Pennsylvania.

DEDICATORIA

A mis padres, Juliana Marte Collado e Isidro Antonio Cruz Santana, por haberme dado la vida y ocuparse de mí en todos los momentos y circunstancias, les estoy eternamente agradecido.

Igualmente dedico esta tesis a mis hermanos Eduardo, Ismael, Carolina, Juan Carlos y Elena, porque siempre han estado orgullosos de mí, y porque a pesar de que la vida nos ha separado, han confiado en mí y me han dado su apoyo en la realización de esta tesis.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer en estas líneas a mi pareja Nora Lourdes Robles García y a sus hermosos niños Kevin y Cristian, porque estando a mi lado durante la realización de esta tesis me han brindado confianza, tenacidad y firmeza.

Asimismo, quiero expresar mi gratitud de manera especial y entusiasta al profesor, Doctor en Derecho y Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid, Manuel Pérez González, por su encomiable labor, entrega y esfuerzo continuo en la finalización de esta tesis. Por sus virtudes, sus conocimientos y motivación constante siento que he llegado a buen puerto.

ABSTRACT

The establishment of international criminal responsibility of individuals who violate the rules of international humanitarian law regarding the protection of civilians and the civilian population during an internal armed conflict is an undeniable reality today. Proof of this has been the implementation of specific international jurisdictional mechanisms which, in these types of conflicts, has enabled the international persecution of individuals who have presumably committed war crimes, crimes against humanity and genocide. This practice has been exemplified, on the one hand, by the creation of ad hoc international criminal tribunals and some mixed tribunals, particularly the one in Sierra Leone, and on the other hand, by the creation of the International Criminal Court (ICC).

In addition to this, in the last 25 years we have been able to see the implementation and application of the principle of universal jurisdiction by some States, also with the aim of promoting the international criminal persecution of individuals for committing the indicated crimes during an internal armed conflict. This is a reflection of developments made in regulations over the past 50 years in which the protection of victims of armed conflicts, especially civilians and the civilian population, has occupied the first order of issues regulated by public international law, resulting primarily from the continuous process of humanization that this juridical order is experiencing.

Nevertheless, at the same time as the international criminal responsibility of individuals in the context of internal armed conflicts has emerged, some issues that had already been resolved have once again become the topic of juridical and political debate. Therefore, they need to be re-analyzed and studied in such a way that they can adapt to this new stage, one marked by the repression of international crimes.

In accordance with this, the present doctoral thesis has considered it essential to develop the main topics found herein, which are, on the one hand, internal armed conflicts, the protection of civilians and the civil population and, on the other, the international criminal responsibility of individuals originating from the commission for serious violations of international humanitarian law, equally against both civilians and the

civilian population. Lastly, we will expand on the appropriate reparations for the victims of those conflicts, derived from the application of this responsibility.

Consequently, we proceeded to divide the elaboration of this thesis into six chapters. In the first of these, we analyze the typology of armed conflicts, placing emphasis on those which are internal in nature. In this framework, one can clearly see the existing ambiguity and lack of explicit regulation of internal disturbances. This is due to the fact that they don't have, in essence, an objective definition, yet their regulation is necessary because the line that separates the existence of an internal armed conflict from an internal disturbance is, on some occasions, often quite vague. Thus, it strengthens the idea that a general rule should be adopted that is able to specify and contextualize it, whether to continue to remain within the field of international human rights laws, to become part of the direct application of international humanitarian law, or so that a general code of conduct can be drawn up that contains a series of principles of both regulating authorities.

Perhaps the most probable outcome is that international humanitarian law ends up regulating internal disturbances by taking advantage of the current position of individuals in international law, where the protection of civilians and the civilian population during an armed conflict constitutes one of the pillars of humanitarian law. Thus, some of the same rules can be considered applicable in cases of extreme, prolonged violence as a consequence of sporadic rebellions against the public power. In this context, serious violations of human rights occur mainly by policing agencies when the legitimate use of power is protected by domestic laws, or by the very same international rules for the protection of human rights that allow for partial suppression of certain individual or group rights, with or without the need to declare a state of emergency.

The occasion is convenient, although subject to strong controversy, as States can find themselves in a situation in which they have to reduce the use of police or armed forces to restrain individuals violating public order laws in certain cases of rebellion or extreme violence that have a high possibility of becoming an armed conflict. There are some significant examples of such events; think of the violent incidents that occurred in Kenya after the presidential elections held on December 27th, 2007 which were

prolonged until February, 2008. In addition, some of the uncontrollable episodes in Egypt that happened unexpectedly before and after the fall of President Mohamed Morsi between June and July, 2013 and, to a lesser extent, the recent events taking place in Venezuela in April 2014, during the different manifestations and street protests against President Nicolás Maduro.

On the other hand, as far as internal armed conflicts are concerned, the degree of participation by foreign powers will be studied in this section, or rather, the foreign intervention necessary to internationalize an internal armed conflict, a matter about which there are various opinions, thus making it difficult to form a clear idea about what the applicable law would be. That is, if we take into account that international humanitarian law only separates an armed conflict into internal or international, disregarding the middle ground in which different sets of rules could be applied in a mixed or internationalized armed conflict.

In that respect, the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) launched a new component to consider in order to determine the internationalization of an internal armed conflict and, thus, to apply the rules of international armed conflicts from the very instant in which the overall control exercised by a foreign power is tested on an organized armed group fighting within a State against the military forces of that State. It is, without a doubt, a step forward that has contributed to clearing up the typology of internal armed conflicts when one or several States participate through foreign intervention, such as in the armed conflict which took place in Bosnia-Herzegovina beginning in 1992 and, as a result, the rules corresponding to international armed conflicts were applied.

Likewise, the overall control test that led to the jurisprudence of the ICTY served as orientation for the ICC in order to determine the internationalization of an armed conflict as well, in this case, the armed conflict in the Democratic Republic of the Congo (especially between 2002-2003). Consequently, this was a move away from the effective control test demanded, in turn, by the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ) in the Nicaragua case, which had dealt with it in the most strict sense, making it nearly impossible to achieve or prove insofar as it demanded, aside from the financing, equipping and training of the armed group, that the State in question give this

group precise orders and instructions. Although the ICJ ratified its argument about the demand for effective control in the case of genocide in Bosnia-Herzegovina (*Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro* in 2007), what's true is that there seems to be no difference between either jurisprudential criteria to the extent that they both seek out different aims; on the one hand, to demonstrate the State's international responsibility (effective control) and, on the other, the individual's international criminal responsibility (overall control).

In terms of chapter two, attention is focused on internal armed conflicts that originate domestically but do not become international, that is, trans-border or transnational conflicts. These are conflicts in which a State's armed forces move to the territory of a different State to fight against one or more organized armed groups which have been established or arisen in that State with or without its support; for example, the actions taken on behalf of Israel against Hezbollah in southern Lebanon in 2006, or the current armed conflict between the United States and other States against various armed groups in Syria and Iraq.

Likewise, everything involved in the alleged armed conflict between the United States and Al-Qaeda will be analyzed. The purpose being, on the one hand, to verify if the organization behaves like an organized armed group that can be considered a Party in an armed conflict and, once this hypothesis is explained, to determine if an armed conflict between the United States and the Organization existed, what type it was, and what would have been the applicable law.

In chapter three, we analyze how the rules that protect civilians and the civilian population came to form part of the core principles of international humanitarian law, despite the initial absence of anything that might have led to achieving this important goal. This was due to the fact that the main aim of the law of war only sought to protect the combatants. The consequences of the Spanish Civil War and the Second World War were decisive in making the international community realize that civilians and the civilian population are the ones who primarily suffer the ravages provoked by the hostilities. For that reason, the Geneva Conventions were adopted in 1949, the fourth convention being of particular importance as it is dedicated to the protection of civilians in international armed conflicts, while common article 3 of said conventions implicitly

obligates all Parties as well to provide protection to civilians during an internal armed conflict. Until then, they were protected by common international law. Nevertheless, the underlying danger of another great war during the period known as the Cold War impelled the creation of the Additional Protocols in 1977 which served to develop, complete and broaden the rules that protect civilians and the civilian population in internal armed conflicts.

An important fact to point out among the aforementioned mechanisms was the implementation of international criminal responsibility of individuals for serious violations of international humanitarian law, to such an extent that States are obligated to pursue and bring to court those people who are responsible for committing these severe violations. However, common article 3 and Additional Protocol II were adopted without offering the same details relative to the conduct prohibited by them, so it wasn't clear that the individual's international criminal responsibility could be taken into consideration in an internal armed conflict. It was then that the ad hoc international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda established the international criminal responsibility of individuals in internal armed conflicts as well. It would later be the ICC and the mixed criminal tribunals who would continue developing this important aspect of international humanitarian law.

Therefore, as part of the previous dynamic, we dedicate the fourth chapter to the repression of international crime. In this context, we deal with analyzing the present mechanisms which were created in order to apply the international criminal responsibility of individuals for serious violations of international humanitarian law and, by extension, violations of international human rights laws committed during an internal armed conflict. Cases like the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone will be used as examples, in addition to some situations that the ICC is currently learning about.

In the fifth chapter, we will move on to examine serious violations of international humanitarian law and the complex implementation of the international criminal responsibility of individuals. This involves analyzing the categories of crime used by the jurisprudence of the previously mentioned tribunals with respect to war crimes, genocide and crimes against humanity, all committed in the context of an armed

conflict, especially one internal in nature. On this occasion, as part of the analysis, we will try to shed light on some of the various issues that these crimes provoke, their classification, constitutive elements and current development. This will be based on how they are dealt with in the Rome Statute, as it reflects a greater consensus, without excluding the points of view set out by the ad hoc international criminal tribunals and doctrine itself.

Based on the current situation of the international criminal responsibility of individuals, we dedicate the sixth chapter to the considerable goals and challenges that are implied in the effective application of this responsibility. Here, we will highlight that various factors exist which hinder the international persecution of an individual accused of committing serious violations of international humanitarian law in different ways, such as those that constitute war crimes and those that lead to genocide and crimes against humanity. In summary, we analyze how to deal with the problems that are brought about by the international persecution of crime through universal jurisdiction, or rather, how to go about applying it so that it doesn't result in impunity for the perpetrator. This comes at a moment when national amnesties and jurisdictional immunities granted to official posts also imply factors to take into account. Aside from this, an attempt will be made to find a balance between justice and peace in situations of post-armed conflict through what is called "transitional justice and national reconciliation". Lastly, we analyze the various forms of reparations that exist for victims of internal armed conflicts and the major challenges involved in obtaining them.

In short, we believe that the increasing implementation of international criminal responsibility of individuals by the existing mechanisms specified here for serious violations of the rules of international humanitarian law committed in the context of internal armed conflicts, have contributed to better understanding the application of this branch of international public law regarding *jus in bello*, to the development of international criminal law, and to impel an entire doctrine aimed at avoiding impunity for its offenders.

INTRODUCCIÓN

La institución de la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos se consagró tras los juicios de los tribunales penales internacionales de Nüremberg y Tokio (1945-1946). Éste acontecimiento sentó las bases para evitar que en el futuro los responsables de cometer crímenes horribles, sobre todo contra personas civiles durante un conflicto armado internacional, quedaran impunes. Sin embargo, la implementación de este tipo de responsabilidad no volvió a escenificarse nuevamente por la ausencia de conflictos armados que involucrasen directamente a potencias militares y se aplicara la justicia de los vencedores hacia los vencidos, más bien los grandes conflictos armados dejaron de ser internacionales, dificultando por tanto que surgiera un nuevo episodio de rendición de cuentas.

Por otro lado, la Guerra Fría que libró a la humanidad de un enfrentamiento bélico a escala apocalíptica entre las superpotencias Estados Unidos y la Unión Soviética, degeneró en un problema quizás mayor que el provocado durante la Segunda Guerra Mundial contra las personas civiles, y es que al interior de diversos Estados recién formados producto de la descolonización y guerras de independencia, particularmente en África y Asia, y Estados dirigidos por gobiernos dictatoriales o regímenes militares poco democráticos como lo sucedido en la mayoría de los Estados latinoamericanos, la guerra ideológica de las superpotencias desencadenó el surgimiento de conflictos armados internos en esos Estados, en cuyo contexto no estaba totalmente claro si la implementación de la responsabilidad internacional penal del individuo en esos escenarios podría tener cabida; y mientras ello ocurría, miles de seres humanos perecían, en su mayoría personas civiles, sin que tuvieran ninguna vinculación con los combatientes.

Por entonces, la norma que regulaba esta categoría de conflictos armados descansaba en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que a pesar de haberse inspirado principalmente en las atrocidades cometidas durante la Guerra Civil española, se adoptó sin que se calificasen abiertamente algunas de sus infracciones como graves. Seguidamente, al complementarse y ampliarse este artículo con el Protocolo Adicional II de 1977, tampoco se consideró tipificar explícitamente como graves ciertas conductas

cometidas en los conflictos armados internos. Ello significó falta de coherencia en el pensamiento político de los negociadores, pues no podía ser posible que las mismas conductas cometidas en los conflictos armados internacionales, suscitaran dudas sobre su calificación si se perpetrasen por igual en los conflictos armados internos.

Hubo entonces que esperar la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda para zanjar esta problemática, los cuales determinaron que ciertamente algunas conductas cometidas en el curso de un conflicto armado interno pueden también ser calificadas como infracciones graves, surgiendo de ese modo la institución de la responsabilidad internacional penal del individuo por comisión de violaciones graves de derecho internacional humanitario en los conflictos armados internos. Más aún, los tribunales citados ratificaron que la tipificación como infracciones graves de ciertos crímenes no depende de la naturaleza del conflicto, sino de la gravedad de estos, porque atentan gravemente contra los derechos humanos fundamentales.

Dicho esto, el presente trabajo de investigación doctoral tiene por finalidad principal ofrecer a la comunidad científica una obra que abarque todos los aspectos generales acerca de la actual institución de la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones de normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección de las personas civiles y la población civil en el contexto de los conflictos armados internos, incluyendo sus antecedentes, causas y consecuencias, toda vez que es un principio relativamente nuevo aplicado a estos tipos de conflictos, de ahí su relevancia, y por tanto demanda que el mismo se vaya perfeccionando y concordando a los demás conceptos y disposiciones contenidas principalmente en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional II de 1977, así como a otros instrumentos internacionales en la materia, y de derechos humanos.

En este sentido, el interés que refleja el título de esta investigación doctoral encuentra su máxima expresión y justificación en la necesidad de continuar brindando la protección debida a las personas civiles y la población civil, profundizando en las consecuencias sobrevenidas de su desprotección hacia el responsable. Pues en la actualidad las personas civiles y la población civil siguen siendo muy vulnerables y constituyen las principales víctimas, porque las normas que regulan los conflictos armados internos son

escasamente respetadas, y una manera de frenar ese comportamiento antijurídico es aplicando de modo efectivo la responsabilidad internacional penal del individuo a través de las distintas vías o mecanismos judiciales existentes. Por esa razón, no sobran las distintas construcciones conceptuales jurídicas, teóricas, científicas y filosóficas que pudieran hacer frente a los distintos escenarios de impunidad con que fácilmente se libran las personas acusadas de cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

Del mismo modo, el tema es de suma importancia porque los conflictos armados internos desarrollados durante el tiempo de la Guerra Fría y en el presente, rebasan por mucho las distintas especificidades de cómo fueron configurados y adoptados en su momento los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Ahora, a falta de una refundación de estos instrumentos, es necesario adecuar la caracterización de los conflictos armados contemporáneos a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, además de la Corte Penal Internacional en el siglo XXI.

Por consiguiente, la estructuración del presente trabajo doctoral en el que confluyen los conceptos responsabilidad internacional penal del individuo, derecho internacional humanitario, personas civiles y población civil, se encuentra dividido en seis capítulos, los cuales recogen de forma clara y objetiva los análisis científicos más importantes que se han desarrollado en la problemática de los últimos años, con una concentración en el aspecto internacional penal. En ese sentido, se presentan las conclusiones y propuestas finales para ser consideradas por el ámbito académico e intelectual.

De esta manera, el primer capítulo aborda un análisis detallado sobre los escenarios de guerra, el cual se encuentra regulado por el *ius in bello*, y es materia de estudio porque el fin principal de este último consiste en proteger a las víctimas de los conflictos armados, en los que las personas civiles ocupan un lugar muy destacado, porque como se apuntó son quienes más sufren sus estragos. Se trata de realizar, pues, un análisis exhaustivo de la tipología de los conflictos armados internos, partiendo de su origen, conformación y desarrollo, considerando las tensiones y disturbios interiores como el antecedente inmediato a este tipo de conflictos. Del mismo modo, tratamos de esclarecer los factores nacionales e internacionales que influyen durante su evolución,

los cuales inevitablemente transforman y hacen difícil la caracterización de los conflictos armados internos contemporáneos. Por ello, en este apartado se hace énfasis en la necesidad de ir redefiniendo los conflictos armados internos.

Los casos paradigmáticos que nos conducen a ir por estos derroteros, es decir, hacia el análisis que presenta la transformación de los conflictos armados internos en conflictos armados internacionalizados, mixtos o internacionales, son las repercusiones de los casos *Nicaragua v. Estados Unidos*, y los conflictos armados en la antigua Yugoslavia y Ruanda. La consecuencia inmediata de esta evolución es que, por un lado, considera antigua la tipología clásica de los conflictos armados, debido a que cada vez más actores no estatales participan en estos tipos de conflictos, a veces con intervención directa de terceros Estados, o bien a través de la injerencia de estos con elementos suficientes para que se llegue a una internacionalización del conflicto, y casos en los cuales coexisten diversos conflictos a la vez.

Todo ello hace inaplicable en algunos aspectos las normas que coadyuvan a diferenciar un conflicto armado interno de uno internacional, como es el caso de las disposiciones que señalan las infracciones graves, temiéndose por tanto que sea infructuoso calificar un determinado conflicto usando la tipología clásica, sino que al momento de investigar los crímenes cometidos durante el curso de los acontecimientos se opte ignorar la caracterización del mismo, con la finalidad de abarcar el mayor número posible de delitos perpetrados, o de evitar la exclusión de otros. Además, el interés del derecho internacional, la Organización de las Naciones Unidas, otros organismos internacionales y los Estados en conjunto por la protección internacional de los derechos humanos durante un conflicto armado apunta a que la tipología, a efectos de determinar el derecho aplicable, se está haciendo cada vez más insostenible e insignificante, ello ayudado por los avances jurisprudenciales y doctrinales de que los crímenes contra la humanidad – cuya lista sigue en aumento - se pueden cometer con indiferencia de la naturaleza o calificación del conflicto armado.

En esa misma línea, y fruto de esa transformación constante, dedicamos el segundo capítulo a los conflictos armados internos transnacionales, haciendo especial referencia al controvertido conflicto armado entre Estados Unidos – y en menor medida algunos Estados europeos – y la organización terrorista Al Qaeda. Aquí, existen factores a

considerar que apoyan de forma objetiva la existencia de un conflicto armado entre los adversarios, pero también elementos en contrario que descartan por mucho esa posibilidad. Nuestra posición en ese sentido será siempre objetiva, tratando de analizar cada punto a la luz de las disposiciones del derecho internacional humanitario. Además, cabe apuntar que mientras existe esa duda, por un lado, cientos de personas civiles son han sido blanco de ataques terroristas cometidos por la Organización, y por otro lado, ni las normas pertinentes al derecho internacional humanitario ni las correspondientes al derecho internacional de los derechos humanos considera Estados Unidos aplicar en caso de captura a un miembro de Al Qaeda, usando el terrorismo como excusa. Y es que usar el terrorismo como forma de combate, o incluso en tiempo de paz, teniendo como objetivo la población civil, es tan inhumano que moralmente inhibe toda acción de humanidad en beneficio del responsable de perpetrarlo, pero, aun con esos argumentos, las naciones civilizadas tienen pautas de comportamiento y protocolos de actuación que no deben ignorarse.

Partiendo de este análisis sobre las complicaciones que existen para definir los conflictos armados internos de los últimos 15 años, el tercer capítulo de la investigación se centra en el marco regulador de los conflictos armados internos y la responsabilidad internacional penal derivada de su incumplimiento, limitando nuestro estudio especialmente a las normas que brindan protección a las personas civiles así como al conjunto de ellas, es decir, la población civil.

En esa misma línea, dicho estudio examina las disposiciones contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977 en relación a la protección debida de las personas civiles y la población civil, resaltando objetivamente las dificultades conceptuales y prácticas que se presentan para proteger y, al mismo tiempo diferenciar, ambas categorías, incluyendo la forma en que pueden ser protegidas en el contexto de los conflictos armados internos. Asimismo, se señalan y analizan las distintas obligaciones jurídicas que deben observar las autoridades estatales y los grupos armados organizados frente a las personas civiles y la población civil conforme al derecho internacional humanitario.

Desafortunadamente, las normas que obligan a los Estados y grupos armados a dirigir sus ataques exclusivamente contras objetivos militares legítimos, muy pocas veces son

respetadas, y en ese sentido, cada vez más en los conflictos armados internos se cometen flagrantemente violaciones graves por acción u omisión de sus representantes contra las personas civiles y la población civil. Como resultado, millones de personas sufren sus ataques, dejando en los últimos cincuenta años cifras extraordinarias de homicidios, torturados, mutilados, desaparecidos forzados, desplazados, niños soldados, embarazo forzado, personas civiles víctimas del crimen de violencia sexual, persecución y genocidio, etcétera.

Frente a esto, nuestra siguiente variable de estudio es precisamente la responsabilidad internacional penal del individuo por comisión de violaciones de normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección de las personas civiles y población civil en los conflictos armados internos a nivel conceptual, uno de los temas centrales de este tercer capítulo. En él se examina el proceso que lleva a tenerse al individuo como responsable de cometer crímenes internacionales, lo cual obliga a analizar su subjetividad activa y pasiva.

Acto seguido, en el cuarto capítulo, tratamos de analizar la práctica llevada a cabo para hacer efectiva la aplicación de la responsabilidad internacional penal del individuo en el contexto de los conflictos armados internos, teniendo como primer escenario el conflicto yugoslavo iniciado en 1991 y bajo el clima de Posguerra Fría. En este apartado se estudia desde diversas posturas la naturaleza del conflicto y la participación del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en el establecimiento en 1993 del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, una medida coercitiva de la Organización para asegurarse, sobre todo, la persecución internacional de los responsables de violaciones graves contra las personas civiles y la población civil. En ese sentido, se analiza la responsabilidad internacional penal del individuo a través de la jurisprudencia de este Tribunal.

Del mismo modo, nos centramos en las consecuencias prácticas y a veces fácticas de la persecución internacional de los crímenes, centrados en los conflictos armados internos del continente africano, donde también de manera particular el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas desempeña una función trascendental con el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1994, para juzgar de manera especial a los responsables del crimen de genocidio. En caso de Ruanda es de especial importancia

porque supuso la primera vez en la historia que se crea un tribunal internacional para procesar a individuos por crímenes internacionales cometidos en un conflicto puramente interno.

En esa misma línea de estudio, ponemos de manifiesto los graves errores cometidos por la Organización de las Naciones Unidas, quien, en su deseo de que las Partes en conflicto solucionaran sus controversias de la forma más pacífica y negociada posible, ignoró al menos en su actuación, establecer las condiciones necesarias destinadas a evitar la comisión de genocidio, un crimen que por su experiencia pasada, a finales del siglo XX con los acontecimientos en Ruanda en 1994, se creía aparentemente superado; sin embargo, apenas un año después se volvió a repetir tras hechos similares contra los musulmanes bosnios de Bosnia-Herzegovina, por las fuerzas armadas serbio-bosnias en 1995 en la masacre de Srebrenica en la antigua Yugoslavia.

En esa secuencia de creación de tribunales penales, estudiamos el rol de la Organización de las Naciones Unidas en la asistencia para la creación de los tribunales mixtos, siendo el caso de Sierra Leona el más notable para la investigación doctoral. Enseguida y como parte fundamental de la temática, la investigación se concentra en el establecimiento de la Corte Penal Internacional en 1998 y su posterior desempeño en la aplicación de la responsabilidad internacional penal individual en los conflictos armados internos por crímenes contra personas civiles y población civil centrados igualmente en el continente africano, siendo los casos más representativos los asuntos seguidos en la República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana, Sudán, Kenia, Libia y Costa de Marfil. El apartado también examina la particular relación previa existente entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, así como la posición de los dos últimos gobiernos de Estados Unidos.

En lo que respecta al quinto capítulo, consideramos necesario e imprescindible hacer un análisis de la jurisprudencia de ambos tribunales *ad hoc* acerca de los tipos penales que corresponden a las violaciones graves cometidas contra las personas civiles y la población civil, siempre en el contexto de un conflicto armado interno, es decir, de los crímenes de guerra, crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad, teniendo como marco de referencia inmediata las disposiciones del Estatuto de Roma. En ese sentido, se pretende esclarecer sobre todo el *mens rea* tanto del crimen de genocidio como de los

crímenes contra la humanidad, y de este último la controversia entre la doctrina, la jurisprudencia y el Estatuto de Roma acerca de un plan o política diseñada para cometer los crímenes.

Respecto al genocidio, calificado por algunos como el crimen de los crímenes, se han logrado importantes avances a través de la jurisprudencia de ambos tribunales *ad hoc*, especialmente el de Ruanda, y de los comentarios de expertos al momento de definir el *actus reus* más allá de la matanza de miembros de un grupo humano homogéneo. De acuerdo a lo expresado, trataremos de estudiar el significado de daño mental, pues existen dudas acerca de qué manera afecta este elemento a la perpetración de genocidio; por lo demás, precisaremos los casos que, sin que se consideraran exhaustivos, podrían conducir a la destrucción física total o parcial del grupo aunque finalmente este no llegara a consumarse en el momento; del mismo modo, avanzaremos en lo que la doctrina llama “*genocidio biológico*”, es decir, medidas destinadas a impedir el nacimiento de niños en el seno del grupo, y finalmente, lo concerniente al traslado forzoso de niños de un grupo a otro grupo, acción dirigida a apartarle de sus ascendientes, destruyendo lentamente su linaje y a aminorar su población.

Adicionalmente a lo anterior, será necesario e indispensable analizar el elemento mental del genocidio o *dolus specialis*, sin lo cual sería imposible inferir que se ha cometido cualquiera de los eventos antes citados. Sin embargo, se adelanta que este elemento universal al igual que lo evidenciaron la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* es muy difícil de demostrarlo, por lo que el mismo puede ser deducido de un cúmulo de actos, como tendremos la ocasión conocer. En consecuencia, nuestro punto de vista reflejará los avances en la materia apoyados evidentemente de los argumentos deducidos de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la doctrina y últimamente de la Corte Penal Internacional, para quienes ningún elemento es excluyentes.

Por su parte, en relación a los crímenes contra la humanidad, cuyo *actus reus* continúa ampliándose, será necesario profundizar sobre controversia existente acerca del *mens rea* “política”, pues resulta muy difícil desvincular un plan o política como elemento constitutivo de los crímenes contra la humanidad, en el sentido de que un ataque sistemático o generalizado contra una población civil requiere necesariamente de planeación y coordinación, de ahí que constituya un elemento probatorio importante. En

todo caso, apuntamos que sostenerlo como requisito *sine qua non* e imprescindible del *mens rea*, ha causado divergencias entre doctrina, mientras que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* lo excluye taxativamente, pero ahora el Estatuto de Roma lo prevé como uno de sus elementos esenciales. Al respecto, no podemos más que sumarnos a esta discusión jurídica y académica, sugiriendo que cualquier razonamiento a favor o en contra planteado en esta tesis doctoral seguirá siendo cuestionable, pero es evidente que enriquecerá los estudios sobre el tema.

En cuanto a los crímenes de guerra, aceptada ya la idea general de que los mismos se pueden cometer durante un conflicto armado interno, y por tanto alcanzando los delitos enunciados en el artículo 3 común esa distinción, así como otros tanto desarrollados en el Protocolo Adicional II, tendremos la ocasión de señalar que a pesar de figurar algunos en el Estatuto de Roma, necesitan una mayor consolidación si se cometen en el curso de un conflicto armado interno. Considerando todo esto, se valora la inclusión en el Estatuto de Roma de ciertos delitos, pero también se critican notables ausencias.

Finalmente en el sexto y último capítulo, examinamos por un lado, cuestiones que estrictamente están relacionadas con la aplicación efectiva de la responsabilidad internacional penal del individuo en el marco de los conflictos armados internos, y lo hacemos destacando los distintos mecanismos actuales a través de los cuales a nivel internacional y estatal se está llevando a cabo, así como de sus imperfecciones e incongruencias. En general, se trata no solo de presentar un balance significativo y minucioso de la práctica reciente de cómo se está encarando la persecución internacional del crimen, sino también de los problemas que aquejan u obstaculizan la redición de cuentas, por ejemplo, en primer lugar, por un lado está el doble rasero que presentan el uso desmedido de la jurisdicción universal, y por otro, el hecho de que las comisiones de la verdad y reconciliación solo sirvan para revelar y esclarecer la verdad, mientras sus recomendaciones de justicia son poco atendidas, e incluso desoídas, y en segundo lugar, están el uso abusivo por los gobiernos de las amnistías nacionales, y las inmunidades de jurisdicción del propio Estado y por el cargo oficial. En consecuencia, trataremos de presentar alternativas, o más bien, de exhibir propuestas cuando estas lo requieran.

En la sección segunda y como parte del análisis final, se abordan los mecanismos de

reparación integral para las víctimas civiles que se han implementado en algunos Estados latinoamericanos y el mundo. Todo ello, señalando posibles perspectivas, pues representan grandes desafíos para lograr una justa reparación a las víctimas de los conflictos armados. Aquí el problema de fondo consiste en que la reparación integral ha sido muy difícil de aplicar, y cuando se ha intentado lo ha sido de modo parcial, contando con la obligación que posee el Estado de perseguir a los responsables de los crímenes cometidos, como primera forma de resarcimiento a las víctimas, mientras que la reparación de tipo compensación económica ha absorbido casi toda forma de reparación, lo cual genera un clima de insatisfacción moral que tampoco acabará con el dolor y el sufrimiento provocado tras el delito cometido.

En conclusión, procede subrayar que, al ser este trabajo fruto de años de dedicación y esfuerzo, la metodología empleada en él está enfocada principalmente en el análisis jurídico, tomando como referencia los ejemplos y casos más destacados de la práctica reciente, tratados por los tribunales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Especial para Sierra Leona y algunos tribunales estatales, además de las cuestiones fácticas que envuelven los mecanismos de reparaciones a las víctimas de los conflictos armados internos. Para todo ello, hemos contado con el apoyo de fuentes doctrinales de los juristas y académicos más ilustres. Dicho esto, podemos adelantar que nuestro aporte a la comunidad científica pasa por analizar y desarrollar a profundidad los temas tratados, cuyas contribuciones se van observando a lo largo del desarrollo de los temas, reconociendo que existen temas jurídicos importantes que están a la espera de ser consolidados o bien marcar un rumbo distinto, y en otros por la falta de consenso se han quedado rezagados.

CAPÍTULO I.- HACIA UNA REDEFINICIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: DESDE SUS ORÍGENES A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS CONTEMPORÁNEOS

En la actualidad, el concepto de conflicto armado interno se encuentra en un proceso de redefinición, pues los diversos factores que lo componen sobrepasan en su conjunto lo establecido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977. Por otro lado, las distintas especificidades que podrían darle origen, como los disturbios interiores, la intensidad y prolongación de las hostilidades así como la participación de grupos armados organizados, tampoco nos ofrecen orientación exacta de cuándo podríamos deducir de forma objetiva la existencia de un conflicto armado interno. Todo ello se traduce en cierto modo en una desprotección de las personas civiles y la población civil, mientras el Estado tenga potestad para restringir garantías constitucionales en una situación como la de estado de excepción.

Asimismo, la injerencia extranjera directa e indirecta constituye otro elemento por el que los conflictos armados internos de hoy día están sufriendo transformaciones, oscureciendo aun más su comprensión, y haciendo muy complejo tanto el origen como su caracterización. La jurisprudencia internacional, por su parte, todavía no ha podido asimilar tales transformaciones para dar una doctrina coherente al respecto, siendo el hecho más representativo el caso *Nicaragua v. Estados Unidos* en 1986 ante la CIJ, a la que se han sumado las últimas experiencias de los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, lo cual, uniéndose a la Corte Penal Internacional (CPI), han abierto un espacio de reflexión y análisis sobre una posible nueva conceptualización para los conflictos armados internos que han surgido en los últimos años, utilizando, por ejemplo, términos como conflictos armados internos internacionalizados, mixtos u otras categorías. En las siguientes líneas trataremos de dar respuestas a este fenómeno.

Sección Primera. Hacia la formación y transformación de los conflictos armados internos

I. En la antesala de un conflicto armado interno: las tensiones internas y disturbios interiores. Su falta de regulación

Desde la última década del siglo XX y en los comienzos del siglo XXI, las tensiones internas y los disturbios interiores, que representan la antesala de un conflicto armado interno, han adquirido categorías complejas poniendo a prueba la capacidad del Estado para poder afrontarlos sin que sean violentadas las normas internacionales de los derechos humanos. Es en este sentido que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha tomado la iniciativa de estudiarlos con mayor énfasis a los fines de presentar propuestas tendientes a elaborar una idea clara y objetiva de su descripción.

Es así, debido a que las tensiones internas y los disturbios interiores se presentan como vacíos jurídicos ante la falta de una normativa internacional que los regule¹. En este orden de ideas, el derecho internacional de los derechos humanos, considerando la presunción de ausencia de conflicto armado, no ofrece ninguna definición al respecto, de modo que es el derecho internacional humanitario el llamado a codificarlos y darles una distinción propia dentro de los conflictos armados.

En efecto, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, norma general y mínima aplicable en toda situación de conflicto armado, muy especialmente en los conflictos de carácter interno, no hace ningún señalamiento, por lo que se presume se encuentra fuera de su alcance². Tampoco otros artículos que guardan estrecha relación

¹Pons Rafols, Xavier, “Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad en la Comisión de Derechos Humanos”, en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, España, 2005, pp. 1095-1118 (1108).

²Algunos autores advierten sobre la interpretación restrictiva del artículo 3 común, pues tal y como fue redactado, de acuerdo a su objeto y fin, podría entenderse como aplicable a los actos de tensiones internas y disturbios interiores en cuanto a que su contenido no los excluye, y en cuanto a que las disposiciones allí señaladas tienen consideraciones elementales de humanidad, inclusive formando parte del *ius cogens* internacional, como pueden ser el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos crueles y degradantes, la toma de rehenes, la asistencia a los heridos y enfermos, las condenas sin juicio previo y con garantías procesales y constitucionales. La problemática para la interpretación sobre la aplicabilidad del artículo 3 común fue agravada en ocasión de la adopción del Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, pues en el artículo 1 (2) se introdujo la disposición negativa a los términos tensiones internas y disturbios interiores y otros actos análogos, por lo que la posibilidad de encontrar una señal sobre la aplicabilidad del artículo 3 común se evitó en virtud de ese artículo. En todo caso, se desprende que, tal y como señala el artículo 1 del Protocolo, éste completa y desarrolla el artículo 3 común, argumento suficiente para que

con el citado precepto en contenido y objeto, excluyen *ipso facto* de su competencia la pretensión tendiente a regular estos actos, limitándose en mucho el accionar del derecho internacional humanitario, siendo los casos más relevantes para el estudio el artículo 2 del Protocolo Adicional II de 1977 y el artículo 8 (2) del Estatuto de Roma de 1998, por lo que se carece taxativamente de una conceptualización al caer éstos como habíamos apuntado bajo la jurisdicción doméstica. Sin embargo, pese a la falta de regulación internacional, el CICR está facultado por sus estatutos para asistir a las personas afectadas durante las manifestaciones de tensiones y disturbios interiores con la finalidad de brindarles asistencia humanitaria en caso de necesidad³.

Nos permitimos entonces descubrir las características que esta problemática presenta de acuerdo a sus manifestaciones. Lo que conducirá a comprender aún más la importancia de tener alguna rama especial del derecho internacional que se encargue de contextualizarlo y regularlo, sobre todo para que sirva de prevención y castigo a quienes violan conductas que infringen gravemente el derecho internacional humanitario.

En efecto, si consideramos los hechos de violencia con que se presentan dichos fenómenos, el derecho internacional humanitario parece ser el marco jurídico inmediato, porque es el que se aplica en tiempo de conflicto armado, es decir, cuando se ha roto la paz aunque sea de manera circunstancial y parcial, pero que simulan la existencia ya de

se interprete que las disposiciones son totalmente diferentes pero necesariamente complementarias, es decir, que una no es excluyente de la otra. En suma, que el artículo 3 común es independiente de las disposiciones del Protocolo Adicional II, y tiene su propio umbral de aplicación y autonomía sin ser modificado. Sobre la discusión véase Abi-Saab, Rosemary, “Le droit et les troubles internes”, en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: L’Ordre Juridique International, Un Système En Quête D’Équité Et D’Universalité: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, en Laurence Boisson de Chazournes and Vera Gowlland-Debbas (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, 477-493 (485); Gutiérrez Espada, Cesáreo, “El Derecho Internacional Humanitario y los Conflictos Armados Internos. (Aprovechando el Asunto *Tadic*)”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 68, julio-diciembre, 1996, pp. 13-36 (18); Kiwanuka, Richard N., “Humanitarian norms and internal strife: problems and prospects”, en *Implementation of International Humanitarian Law – Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, en Frits Kalshoven and/et Yves Sandoz (eds) / Houngh T. Huynh, Peter Macalister-Smith and/et Bruno Zimmermann (co-edits/co-édts), Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1989, Research Papers, vol. 1, pp. 229-262 (231-232); El Kouhene, Mohamed, *Les garanties fondamentales de la personne en droits de l’homme*, Couronne par le Prix Paul Reuter (1985) décerné par le Comité International de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1986, pp. 77-81; Rwelamira, Medard R., “The role of international humanitarian law in internal disturbances and tension situations: Some reflections”, en *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 20, n. 2, 1987, pp. 175-189 (178).

³ Artículo 4 (d) del Estatuto de la Organización sobre el desempeño de sus funciones durante un conflicto armado y disturbios interiores para proteger a las víctimas. Véase también International Review of the Red Cross (IRRC), “Internal Disturbances and Tensions: A new humanitarian approach?”, en *IRRC*, vol. 28, n. 262, 1988, pp. 3-8.

un conflicto armado, especialmente en las tensiones y disturbios interiores se perciben signos de violencia y abusos tanto a leyes nacionales como a normas internacionales tan graves que se traducen necesariamente en violaciones graves de los derechos humanos fundamentales de los individuos.

Así, siguiendo la expresión más aceptada, comencemos con la más importante de las circunstancias inmediatas a un conflicto armado, es decir, los disturbios interiores, debido a la magnitud de los actos que lo componen y al mismo tiempo porque se distancian notablemente de las tensiones internas. Dicho esto, los disturbios interiores se presentan cuando existe dentro de un Estado una lucha que demuestra cierta gravedad y duración e implica períodos de violencia. Estos hechos pueden ser variables, desde acontecimientos inmediatos de rebelión o enfrentamientos entre facciones que luchan entre sí o contra el Estado sin un plan concertado⁴, pero con cierta estructura organizativa. Generalmente en este hecho participan las fuerzas de seguridad policial, y alternativamente las fuerzas armadas, todas ellas para evitar que la situación se convierta o degenere en un conflicto armado si ello persiste⁵.

En cambio, las tensiones internas podrían ser situaciones con ciertas manifestaciones de desorden público, inclusive sin que surjan actos de violencia aislados. Puede haber arrestos masivos de personas y supresión de derechos colectivos como el derecho a manifestarse públicamente contra una medida gubernamental, empresarial o sindical⁶. En estos casos, también generalmente participan las fuerzas estatales como medida preventiva para evitar que se conviertan en disturbios. Es decir, las tensiones podrían degenerar en disturbios y éstos a su vez en conflictos armados debido al hilo conductual que los une⁷, pero muchas veces son también consecuencias de la finalización de un

⁴ Bula-Bula, Sayeman, *Droit International Humanitaire*, Academia Bruylant, L'Harmattan, 2012, p. 199; Goldman, Robert Kogod "International Humanitarian Law: Americas Watch's Experience in Monitoring Internal Armed Conflicts", en *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, n. 1, 1993, pp. 49-94 (54); Kiwanuka, Richard N., "Humanitarian norms and internal strife: problems and prospects", *loc. cit. supra* en nota 2, p. 247.

⁵ Bouchet Saulnier, Françoise, *The Practical Guide to Humanitarian Law*, Rowman & Littlefield Publisher, United States of America, 2007, p. 179.

⁶ *Ídem*; Valdez Arroyo, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, Lima, 2004, p. 144.

⁷ De la definición formulada por el CICR sobre disturbios interiores durante la Primera Conferencia de Expertos Gubernamentales en 1971, en preparación de la Conferencia Diplomática Internacional sobre Derecho Internacional Humanitario. Vid. ICRC, *The League and the Report on the Re-Appraisal of the Role of the Red Cross*, ICRC, Geneva, 1979, pp. 24-25, citado por Crista Meindersma en "Applicability of Humanitarian Law in International and Internal Armed Conflict", en *Hague Yearbook of International*

conflicto, no de su iniciación, como puede ser la situación reinante inmediatamente después de un golpe de estado, en cuyo caso ponemos los ejemplos de lo acontecido en Chile en 1973 con el gobierno *de facto* de Augusto Pinochet⁸, o el golpe perpetrado contra Hugo Chávez Frías de la República Bolivariana de Venezuela el 11 de abril de 2002, y más recientemente el golpe contra el ex presidente Manuel Zelaya el 28 de Junio de 2009 en Honduras.

Por tanto, podríamos concluir que, la diferenciación entre uno y otro acontecimiento es entonces el rigor y la diversidad de los actos violentos cuando los hay, pudiendo lograrse cierto grado de organización en ambos casos, que habitualmente no suelen ser prolongados. En consecuencia, es la falta de continuidad y estructura organizacional definida la que los distingue de los conflictos armados internos, así como el grado de intensidad de la violencia.

En suma, es esa forma de respuesta inmediata lo que permite al Estado desarticular los disturbios y las tensiones, usando los medios de que dispone a esos fines. Esta afirmación es compartida por el CICR, el cual sostiene que para poder controlar las tensiones y disturbios interiores, el Estado debe auxiliarse de las fuerzas policiales; y ante posibles violaciones de los derechos humanos, es necesario proteger a la población civil⁹. Ello significa que en el espacio ocupado por las tensiones y disturbios interiores al surgimiento de un conflicto armado interno, las normas aplicables subyacen de la propia autoridad del Estado de declarar según sea conveniente el “*estado de excepción*” y valerse de su derecho interno para controlar la situación, es decir, la protección de los individuos está sujeta a merced de los mecanismos que se utilicen y de cómo se aplique, con la salvedad de que extralimitar esa facultad pudiera vulnerar ciertos derechos esenciales de los individuos, pero, en efecto, los derechos inalienables de las personas no pueden suspenderse de acuerdo al derecho internacional¹⁰.

Law: Annuaire De La Haye De Droit International, A. C. Kiss (edit.), Martinus Nijhoff Publisher, Neatherlands, 1994, pp. 113-140 (127).

⁸ Goldman, Robert Kogod, “International Humanitarian Law: Americas Watch’s Experience...?”, *loc. cit. supra* en nota 4, p. 5.

⁹Vid. Momtaz, Yamchid, “Normas Humanitarias Mínimas Aplicables en Período de Disturbios y Tensiones Interiores”, en *RICR*, n. 147, 1998, pp. 493-501.

¹⁰ Sobre la facultad que tienen los Estados para derogar temporalmente ciertos derechos véase: Artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así pues, son estos elementos ineludibles que nos obligan a continuar estudiando a fondo el régimen jurídico que valdría aplicarse para esos casos, sobre todo porque es mínima la línea divisoria que separa los disturbios interiores de un conflicto armado, lo que definirá *ipso facto* el derecho aplicable. En ese camino, fue al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y después de adoptarse los Convenios de Ginebra de 1949, cuando el problema de las tensiones y disturbios interiores surgió como punto de interés en el derecho internacional. La razón principal se ubica en que muchos incidentes violentos en el mundo no degeneraban en conflictos armados internos, por lo que tampoco recaían bajo la aplicación directa del artículo 3 común a los Convenios.

Por ello, la Conferencia Diplomática de 1949 que adoptó los Convenios de Ginebra de ese mismo año, había estimado conveniente ampliar ciertas normas del derecho internacional humanitario a las tensiones y disturbios interiores, como estimaba el CICR, es decir, se contemplaba la posibilidad de que el artículo 3 común los incluyera. Sin embargo, la Conferencia terminó sin alcanzar ningún acuerdo al respecto, debido a que se tenía la idea de que el derecho internacional humanitario sólo se podía aplicar a las guerras clásicas entre Estados y de estos contra grupos concretos insurgentes o beligerantes en una guerra civil; se ignoraba entonces la importancia que tenían estos actos, en el sentido de que los mismos se desarrollan en casi la totalidad de los Estados del mundo¹¹.

Así pues, quedando las tensiones internas y disturbios interiores sin aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, el CICR hizo el señalamiento trascendental de que la interpretación suscitada del artículo de referencia, no limitaba la aplicación del derecho interno de los Estados, por consiguiente tampoco otorgaba ventaja a los grupos enfrentados en la contienda de quedar fuera de un derecho al que debían respetar¹². Desde entonces, el CICR ha seguido una tarea ardua y reiterada en las conferencias internacionales de redoblar sus esfuerzos en procura de que se logre una aplicación directa del artículo 3 común a las tensiones y disturbios interiores, y todo

¹¹Vid. Abi-Saab, Rosemary, "*Droit Humanitaire et Conflits Internes. Origins et evolution de la réglementation internationale*", A. Pedone, Paris, 1986, pp. 69-70.

¹² Desde 1921 el CICR se había pronunciado por proteger a las personas en situaciones de disturbios internos, véase Harroff-Tavel, Marion, "La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna", en: *RICR*, n. 117, mayo-junio, 1993, pp. 199-225.

hecho que pueda caer por debajo de éste artículo, dependiendo de la gravedad, naturaleza y frecuencia con que se presentan¹³. Pero semejante requerimiento es poco convincente para medir estos elementos, porque evita esclarecer en cuáles situaciones concretas debe aplicarse el derecho internacional humanitario, y su diferenciación con un conflicto armado interno.

Para el tiempo de estos señalamientos - segunda mitad del siglo XX - la propuesta del CICR se expresaba en dos direcciones: primero, la aplicabilidad inmediata del artículo 3 común, y segundo, la correspondiente clasificación de los fenómenos de acuerdo al enfoque descriptivo que lo defina y distinga. Sobre esto último, si bien la sugerencia del CICR era halagüeña y unísona con sus principios, ignoraba las consecuencias de que ello fragmentaría aún más las categorías conocidas que todavía hoy son de difícil definición, agravando la situación subyacente, es decir, la dificultad de concretizar estos fenómenos.

Por consiguiente, de la propuesta del CICR extraemos las siguientes conclusiones: por un lado, interpretaciones adversas, y por otro, respetadas: si se optaba por incluir las tensiones y disturbios interiores dentro del alcance del artículo 3 común como se pretendía pero sin contextualizarlos, automáticamente éstos alcanzaban la categoría de conflicto armado interno, situación que resulta desacertada dada la complejidad y especificidad propia de un conflicto armado. En cambio, si se elegía la segunda, se le otorgaba una categoría propia en el derecho internacional, dentro de la rama de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, o bien con un enfoque diferente.

En ese mismo orden de ideas, durante la celebración de la Primera Conferencia de Expertos Gubernamentales en 1971 para la elaboración del Proyecto de Protocolo Adicional, el CICR continuó dando su aporte para lograr conceptualizar las tensiones y disturbios interiores, y enfatizó que éstos podrían interpretarse como situaciones que sin ser conflictos armados internos, se caracterizaban por presentar rasgos muy peculiares, por lo que debían ser objeto de regulación¹⁴. El CICR, al ser un organismo neutral, sólo

¹³ *Ídem.*

¹⁴ Vid. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Protection of Victims of Non-International Armed

se limitaba a hacer sugerencias y matizar las características que presentaban estos fenómenos, lo que unido al desinterés de los Estados hizo que el estudio de dichas cuestiones al alcance del derecho internacional humanitario nunca alcanzara un nivel protagónico, aunque en algunas ocasiones durante las Conferencias argumentaran que las normas mínimas básicas del artículo 3 común podrían aplicarse¹⁵.

Sin embargo, como ya hemos puntualizado, la causa fundamental de este estancamiento hay que ubicarla en la dificultad que existe de regular una parte del derecho internacional general sin definición. A ello se le añade el hecho de que la sociedad internacional estaba inmersa en otros temas jurídicos y políticos de especial trascendencia como la protección de las personas civiles tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos, toda vez que vivía convulsionada por el peligro latente de la Guerra Fría y la escalada de conflictos armados en África y sus secuelas de violencia interna.

Es entonces a partir de los años ochenta cuando la cuestión comienza a cobrar mayor interés jurídico con el desarrollo de numerosos estudios de expertos y declaraciones de organismos internacionales¹⁶, pero abandonando la idea de forma continuada de incluir las tensiones internas y disturbios interiores dentro del referido artículo 3 común. El objetivo era por un lado, identificar el problema de indefensión en que se encontraba la población civil y las víctimas en éstos hechos, y, por otro lado, recomendar la elaboración de una normativa general y específica de normas humanitarias mínimas

Conflicts, Document V, Geneva, 24 May – 12 June 1971, pp. 89 y ss., vid. en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC-conference_Vol-5.pdf, fecha de consulta 14 de septiembre de 2013.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ En primer orden, el tema fue tratado por el jurista Theodor Meron en 1984, quién elaboró un proyecto de declaración; también la Cruz Roja Internacional en manos de Hans-Peter Gasser presentó un Proyecto de Declaración para Disturbios y Tensiones. Esta Declaración hacía referencia al respeto mínimo a los derechos humanos elementales como el derecho a la libertad de expresión, de agrupación o asociación aplicables tanto en tensiones como en disturbios; otras declaraciones no menos importantes fueron la de Normas Mínimas de París aprobada por la Asociación Jurídica Internacional en 1984. Al respecto véase Eide, Absjorn; Rosas, Allan y Meron, Theodor, “Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards”, en *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 89, n. 1, 1995, pp. 215-223 (216); Meron, Theodor, *Human rights in internal strife: their international protection*, Grotius Publications, Cambridge, 1987, p. 52; Gasser, Hans-Peter, “Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones interiores: propuesta de un Código de Conducta”, en *RICR*, n. 85, 1988, pp. 38-60, p. 44; Lillich, Richard B., “The París Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency”, en *AJIL*, vol. 79, n. 4, 1985, pp. 1072-1081. Para un estudio actual sobre el tema véase la monografía especializada de Costas Trascasas, Milena, *Violencia Interna y Protección de la Persona. Una Laguna Jurídica del Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia 2008, pp. 497-562.

para ser aplicadas en aquéllas coyunturas de posible neutralidad que difícilmente pueden ser consideradas como conflictos armados internos.

Fue con la Declaración de Turku-Abo¹⁷, la que dio el impulso a la normativa general prevista, pasando inmediatamente a consideración de la Organización de las Naciones Unidas, esta vez, por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías¹⁸. Prontamente, la Comisión de Derechos Humanos se hizo cargo de la cuestión¹⁹, al tiempo que instó al Secretario General a coordinar con el CICR a fin de preparar un informe analítico acerca de las normas básicas de humanidad, tomando en consideración las normas comunes de la legislación sobre derechos humanos y el derecho internacional humanitario²⁰.

En el informe²¹, la Comisión de Derechos Humanos (a la que en 2006 sucedería Consejo de Derechos Humanos) al parecer cambió la tendencia de darle seguimiento a la problemática, pues evadió seguir con el proyecto de adopción de la norma general tratada. Mientras tanto, hizo el señalamiento de aunar esfuerzos para que se continuaran respetando las normas básicas de los derechos humanos y se aplicaran en todo episodio en concordancia con el derecho internacional.

Desde entonces, con carácter general, subrayamos que ha habido interés de la comunidad internacional en ocuparse de una cuestión tan trascendental para la protección de los individuos en tiempo de tensiones y disturbios interiores. Sin embargo, los esfuerzos para que los mismos sean regulados por el derecho internacional humanitario han sido infructuosos, porque, como hemos indicado, quedó fuera de estudio la idea primitiva de incluirlos dentro del artículo 3 común, sepultándose definitivamente la posibilidad de que fuesen considerados como conflictos armados internos, por las razones indicadas sobre su diferenciación y falta de una precisa definición, especialmente de los disturbios interiores, que pese a que muchos de ellos

¹⁷ Entre 1991 y 1994 se dio a conocer la propuesta en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Abo-Academi de Finlandia.

¹⁸ Vid. Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, Declaración de Normas Humanitarias Mínimas, de 12 de agosto de 1991.

¹⁹ Vid. Resolución 1997/21, de 11 de Abril, de la Comisión de Derechos Humanos.

²⁰ En resoluciones reiterativas, la Comisión ha expresado la idea de que el tema siga estudiándose. Ver Resolución 1995/29, de 3 de marzo; Resolución 1996/26, de 19 de abril; Resolución 1997/21, de 11 de abril; Resolución 1998/29, de 17 de abril y Resolución 1999/65, de 28 de abril.

²¹ Presentado por la Comisión de Derechos Humanos, la Resolución 2000/69, de 26 de abril de 2000.

alcanzan un alto grado de intensidad respecto a la escalada de violencia, hasta el punto de que concurren en ciertos casos numerosas muertes y violaciones de los derechos humanos fundamentales, no son susceptibles de ser considerados como conflictos armados.

De la misma manera, en un letargo también ha quedado la eventualidad de que se produzca un llamado oficial de la comunidad internacional para la adopción de una declaración o instrumento oficial vinculante, y se corrijan cuestiones prácticas que menoscaban la protección de los individuos en dichas manifestaciones. Quedando entonces amparados bajo la regulación internacional de los derechos humanos, con la incertidumbre de desconocer la situación exacta en la que se produce una transición entre los disturbios interiores y la posibilidad de la existencia de un conflicto armado interno.

En cualquier caso, estamos convencidos de que en las manifestaciones de disturbios interiores específicamente, existen patrones o conductas que necesariamente exigen su regulación bajo un cuerpo normativo de derecho internacional ajustable a las nuevas formas de violencia interna que no alcanzan el umbral de un conflicto armado interno, precisamente los que excluye el Protocolo Adicional II de 1977, como los motines, actos esporádicos y aislados de violencia, a los que se agregan otros análogos levantamientos esporádicos y aislados o rebeliones sociales contra el gobierno legítimo. etc. Por consiguiente, son las consecuencias de estos hechos, las violaciones de derechos humanos esenciales tanto por el Estado como por grupos armados presuntamente organizados, que ponen en estudio la falta de mecanismos legales reguladores de estos fenómenos, y hacen pensar, como apuntó Wilfred Jenks, en la posibilidad de la existencia de un derecho internacional abstracto que enmiende este vacío jurídico, como única opción susceptible y como único recurso, comenzando evidentemente por la disposición estatal y uniforme de aplicar ciertas normas del derecho internacional humanitario²².

²² Jenks, Wilfred, "The Conflict of Law-Making Treaties", en: *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401- 453 (450).

II. Las manifestaciones de disturbios interiores como posible origen de un conflicto armado interno

En nuestros días, la comunidad internacional ha visto reducida significativamente la multiplicidad de conflictos armados internos en el mundo, si lo comparamos con el siglo pasado, siendo, por un lado, la causa principal los complejos procesos de democratización y desarrollo general que están experimentando los pueblos, y, por otro, la forma de alcanzar objetivos comunes con base en otras formas de expresión que no sea el recurso a la guerra, tanto al interior de los Estados como en las relaciones internacionales. Ahora bien, los patrones de violencia, desapariciones forzadas de personas, asesinatos colectivos y violaciones a gran escala de los derechos humanos fundamentales se siguen manifestando, casi siempre por reivindicaciones sociales.

En ese sentido, son precisamente las reivindicaciones sociales las que originan los disturbios interiores, aunque puede haber otras causas poco comunes, como los provocados por desorden espontáneo de actividades sociales, culturales y políticas, pero que tienden a desaparecer inmediatamente con la intervención de las fuerzas del orden. En cuanto a los disturbios interiores provocados por reivindicaciones sociales, éstos pueden verse prolongados por el hecho de que un sector de la población considere insatisfechas sus peticiones, que de acrecentarse de manera ininterrumpida podrían degenerar en una guerra civil o conflicto armado interno.

Así pues, dentro del campo de la violencia interna ininterrumpida y poco controlada por el poder estatal, y convertida a su vez en disturbios interiores, es preciso determinar su importancia a los fines de proyectar la conversión de estos actos a la iniciación o existencia de un conflicto armado interno²³. Pero conocer a ciencia cierta el momento exacto en que estos fenómenos degeneran en conflicto armado es poco claro²⁴. Por ello, si consideramos sólo la causa de una mayor hostilidad, fuerzas *cuasi* organizadas,

²³ Existen muchas causas que pudieran degenerar en disturbios interiores, y a su vez éstos en conflictos armados internos, como la formación espontánea de un frente armado opositor al gobierno, trátase de militares disidentes, fracciones políticas opositoras, o grupos armados organizados independientes opuestos al gobierno o a otros grupos armados. Pero en definitiva, y en la mayoría de los casos actuales, son las reivindicaciones sociales por parte de quienes las reclaman los que en cierto modo posibilitan la formación de frentes opositores y con ello el estallido de la violencia interna al no ver satisfecho sus demandas.

²⁴ Crawshaw, Stewart y otros, *Human Rights and Policing*, Martinus Nijhoff Publisher, Netherland, 2007, p. 113.

bandos definidos y una mayor prolongación de los acontecimientos, como partes de los elementos intrínsecos de un conflicto armado interno, habría que descartar entonces la posibilidad de que las tensiones internas entren dentro del campo que supone la iniciación de un conflicto armado de esta categoría. Ello es así porque, como hemos enunciado con anterioridad, estas casi siempre degeneran en arrestos, detenciones, prohibición de circular, supresión de algunas garantías constitucionales y de algunas normas sobre tratados de derechos humanos, entre otras²⁵, mas no en el uso de la fuerza armada como en los conflictos armados internos.

Descartando entonces las tensiones internas como posible inicio de un conflicto armado interno, y delimitando el área de estudio sólo a los disturbios interiores, ¿qué pasa si éstos alcanzan un alto nivel de violencia interna prolongada, y donde el restablecimiento de la paz escape al control del Estado, así como que los intervinientes carezcan de una estructura organizada? ¿Conduce esa situación a suponer que existe un conflicto armado interno? Como respuesta, entendemos que podría significar el comienzo de un conflicto armado, sobre todo si se declarase el “*estado de excepción*”, que supone un cierto grado de descontrol de la seguridad estatal, y esto evidentemente conlleva la supresión de derechos básicos sobrevenidos de dicha circunstancia²⁶.

Este punto suscita especial interés en razón de que, por un lado, conocemos las características esenciales para que un conflicto se considere conflicto armado interno, que generalmente son: enfrentamientos prolongados entre grupos organizados, o éstos contra el Estado; pero no se conoce con exactitud cuál es el desencadenante para que el artículo 3 común tenga aplicabilidad inmediata y automática, es decir, que un disturbio interior se convierta en conflicto armado interno.

La respuesta podría estar en la capacidad del Estado en preservar el mantenimiento del orden público y el control efectivo²⁷, aunque los bandos enfrentados sean difíciles de distinguirse el uno del otro de forma concreta. De manera que si estos dos elementos

²⁵ Vid. Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Salamanca, 1992, p. 68.

²⁶ Meron, Theodor, “Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards”, en *AJIL*, vol. 89, n. 1, 1995, pp 215-223 (217); Rwelamira, Medard R, “The role of international humanitarian law in...”, *loc. cit. supra* en nota 2, p. 185.

²⁷ Segura Serrano, Antonio, *El Derecho Internacional Humanitario y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas*, Plaza y Valdes (PYV), Madrid, 2007, p. 114.

fallan, los disturbios interiores podrían pasar a ser considerados un conflicto armado interno, sin la necesidad de diferenciar a simple vista los actores involucrados²⁸. Sin embargo, aun cuando un Estado sea incapaz de mantener el orden público y compararlo con todo el entramado que conlleva considerar una situación determinada como la existencia de conflicto armado interno, esto es cuestionable. Además, partiendo de que los elementos analógicos de ambas situaciones presentan características similares, existen otras diferencias que los separan de extremo a extremo, como la existencia misma de un conflicto armado interno tal como lo señala la práctica internacional, la jurisprudencia y otras disposiciones convencionales al respecto, como veremos más adelante.

Por tanto, según se ha podido constatar, la idea de encontrar la circunstancia desencadenante que da inicio a un conflicto armado interno partiendo de la presencia de disturbios interiores presenta cierta ambivalencia y, al mismo tiempo, simetría. Es decir, situaciones que los separan cada vez más de una posible caracterización unificada, debido a sus diferencias pronunciadas, y otras que nos obligan a pensar que sí hay un punto común en el que los disturbios interiores se convierten en conflictos armados internos, especialmente, como hemos enunciado, cuando la violencia al interior de un Estado es incontrolable por las fuerzas del orden y cuando se es capaz de percibir cierta organización entre las fuerzas involucradas y el continuismo de la contienda, y es debido a esta dicotomía que algunos autores como el profesor Pérez González, aúnan por aplicar directamente el artículo 3 común en las situaciones de disturbios interiores²⁹.

Sin embargo, recalcamos que debido a las características tan complejas que envuelve la existencia de un conflicto armado, y se pueda vislumbrar como tal partiendo de la presencia de determinados disturbios interiores, éstos aparte de ser prolongados y contar con fuerzas organizadas, necesitan también el reconocimiento expreso por parte de los

²⁸ Vid. Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos...*, loc. cit. supra en nota 25, p. 68; Bindschedler-Robert, Denisse, "A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts", en *Report of the Conference on Contemporary Problems of the Law of Armed Conflicts*, Geneva, of 15-20 September 1969, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1971, pp. 1-61 (50).

²⁹ Pérez González, Manuel, "Tipos de Conflictos y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, con Especial Referencia a los Conflictos Armados Internacionales", en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, en Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (coords.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria / Universidad Carlos III de Madrid, Colección Electrónica, n. 2, año 2013, Madrid, España, pp. 61-85 (73-74).

involucrados y de las distintas instancias internacionales, el cual en variadas ocasiones tiene sobre todo un interés geopolítico y estratégico, no obstante que materialmente este reconocimiento es extra a los fines de cumplir con las responsabilidades morales sobrevenidas de la costumbre internacional y los tratados internacionales para aplicar normas de derecho internacional humanitario, como se irá determinando en esta investigación. De cualquier forma, conociendo más a fondo sus estructuras, nos acercamos cada vez más a la posible conversión de disturbios interiores en conflictos armados internos, según sus manifestaciones.

Analícese por ejemplo dos casos muy importantes en razón de que fueron conflictos que estuvieron lo más próximo a la adopción del Protocolo Adicional II, son ellos Afganistán (1978-1989) y El Salvador (1979-1992). Estos casos reflejan lo difícil que fue para esos Estados reconocer la existencia de un conflicto armado interno, situación que fue aprovechada por los susodichos para evadir la aplicación de normas de derecho internacional humanitario. En realidad se ha convertido esto en una táctica política para evitar darle poder de influencia a los insurrectos y reconocerles ciertos derechos, sobre todo la aptitud de concertar acuerdos, especialmente la del reconocimiento recíproco del estatuto de prisionero de guerra en caso de captura, y la inmunidad penal de los mismos por el simple hecho de habersele otorgado esa condición; así como reconocer *ipso facto* la incapacidad del gobierno de controlar una parte del territorio. Es lo que se ha logrado constatar en los conflictos armados internos existentes entre Rusia y la República separatista de Chechenia a partir de 1991³⁰, y entre Turquía y el Partido de los Trabajadores de Kurdistan (PKK), 1984-? ³¹.

Para el caso de Afganistán, antes de la intervención de la Unión Soviética en diciembre

³⁰ Cuando el conflicto armado comenzó en agosto de 1991 con el fallido intento de un golpe de Estado; las tensiones internas y los disturbios interiores continuaron de manera intermitente hasta 1994-1996 cuando se produjo la gran guerra civil; le siguió la guerra civil iniciada en 1999-2009, sin que en estos momentos haya compromiso serio llegar a un acuerdo vinculante de paz. Vid. Bermejo García, Romualdo, “El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario”, en *Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario. V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Consuelo Ramón Chornet (edit.), Cruz Roja Española de Valencia y CINC SEGLES, Universitat de València, 2001, pp. 125-152 (138).

³¹ Abresch, William, “A Human Rights Law of Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, en *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 16, n. 4, 2005, pp. 741-767 (754-756). Para el caso específico del conflicto armado en Chechenia, el 31 de Julio de 1995 el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia declaró aplicable el Protocolo Adicional II entre el Estado y las fuerzas disidentes, para de esta manera reconocer directamente que había un conflicto armado interno. Véase un estudio sobre ese tema en Gaeta, Paola, “The Armed Conflict in Chechnya before the Russian Constitutional Court”, en *EJIL*, vol. 7, n. 4, 1996, pp. 563-570.

del 1979, el gobierno afgano había negado con autoridad la posible existencia de una guerra civil, y, al mismo tiempo, evitó el uso del concepto conflicto armado, sosteniendo además que las fuerzas gubernamentales revolucionarias tenían controlado todo el país³². Inclusive, después de la intervención, ni el gobierno de Kabul ni la Unión Soviética quisieron admitir la existencia de un conflicto armado, pese a que por sus alcances podía ser considerado internacional; peor aún, llegaron a rechazar que el conflicto se encontraba sujeto al derecho de la guerra³³.

En cuanto al conflicto armado en El Salvador, Estados Unidos, la ONU y el CICR lo clasificaron dentro del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II³⁴. Aquí, las fuerzas opositoras al gobierno, el llamado ORDEN, derechista, y el Frente de Liberación Nacional de Farabundo (FLNB), izquierdista, se conocían como grupos armados organizados que controlaban ciertas partes del territorio; tenían estructuras administrativas y militares comparables a las del gobierno. Se calcula que desde el inicio de los enfrentamientos en 1979 habían muerto unas 20,000 personas³⁵, en su mayoría consideradas personas civiles que no participaron en las hostilidades.

Por su parte, el gobierno salvadoreño se rehusaba aplicar el artículo 3 común y reconocer en su caso la existencia de un conflicto armado³⁶, todo esto porque, como apuntó Michael Bothe, los servicios de seguridad del Estado hicieron uso de la tortura

³²Gasser, Hans Peter, "International Non International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon", en *American University Law Review*, vol. 33, n. 1, 1983, pp. 145-161 (149-150), y Reisman, Michael and Silk, James, "Which Law Applies to the Afghan Conflict?", en *AJIL*, vol. 82, n. 3, 1988, pp. 459-486 (480). Por su parte, el Relator Especial Feliz Ermacora, señala que es difícil determinar, con arreglo a las normas de derecho internacional, si el conflicto es interno o internacional, aunque entiende que por lo menos el artículo 3 común es aplicable, al tiempo que se inclina por el carácter interno del conflicto armado. Al respecto ver informe sobre la situación de los derechos humanos en Afganistán Doc. E/CN.4/1985/21, de 19 de febrero de 1985, par. 161 y 175, y Doc. E/CN.4/1986/24, de 17 de febrero de 1986, par. 70.

³³Gasser, Hans Peter, "International Non International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon", en *American University Law Review*, vol. 33, n. 1, 1983, pp. 145-161 (150).

³⁴ Goldman, Robert Kogod, "International Humanitarian Law: Americas Watch's Experience in Monitoring Internal Armed Conflicts", en *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, n. 1, 1993, pp. 49-94 (49-50, 63) y, Goldman, Robert Kogod, "International Humanitarian Law and the Armed Conflicts in El Salvador and Nicaragua" en *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, n. 2, 1987, pp. 539-578 (543-550). Vid. Bothe, Michael, "Article 3 and Protocol II: Case Studies of Nigeria and El Salvador", en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, pp. 899-909 (905).

³⁵ Interim Report of the Special Representative of the U.N., Commission on Human Rights, Doc. A/36/608, 1981, pars. 55-59. Sobre la posición del gobierno de El Salvador, ver Interim Report of the Special Representative of the U.N., Doc. E/CN.4/1982/4, 1982.

³⁶ Sobre la aplicabilidad del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, véase Goldman, Robert Kogod, "International Humanitarian Law and the Armed...", *loc. cit. supra* en nota 34, pp.539-578.

como un medio eficaz para enfrentar a sus enemigos internos y acallarlos³⁷. Recordemos que la tortura es un acto prohibido por el derecho internacional humanitario y la costumbre internacional, puesto que se considera norma de *ius cogens*. De la misma manera, aunque la tortura también esté prohibida por las legislaciones nacionales de los Estados democráticos y garantistas, cuando es cometida por las fuerzas públicas fuera de un conflicto armado, podría llegar a un estado de tolerancia e inclusive de mandato gubernamental, y con ello la aceptación de su legalidad. No obstante, en principio, la calificación de los conflictos armados está sujeta a la apreciación subjetiva de los gobernantes y terceros Estados, sin ninguna obligación a dicho reconocimiento³⁸, puesto que los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 tampoco indican nada al respecto. Ausencia que es aprovechada por los Estados para persuadir a sus funcionarios de que se abstengan de dar el reconocimiento adecuado a un determinado comportamiento bélico³⁹.

Ahora bien, se ha aludido que en situaciones donde los gobiernos han hecho bastante resistencia en sostener la existencia de un conflicto armado, tienen que ver, por un lado, o con el grado de ilegalidad de esos gobiernos por el que se establecieron, o por las atrocidades que cometen sus mandos militares y civiles a su merced contra su propia población⁴⁰; casos en los cuales difícilmente reconozcan la existencia de un conflicto armado. Sin embargo, los elementos intrínsecos de un conflicto armado que lo diferencian de simples actos esporádicos de violencia o disturbios interiores, rebeliones armadas, motines y otros, son fácilmente asimilables cuando es posible identificar las facciones enfrentadas, el grado de violencia y la prolongación en el tiempo, siendo por tanto de obligatorio cumplimiento las normas pertinentes del derecho internacional humanitario.

³⁷ Véase el análisis que hace Bothe, Michael, en “Article 3 and Protocol II:...”, *loc. cit. supra* en nota 34, 905.

³⁸ Abi-Saab, Rosemary, *Droit Humanitaire et Conflits Internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-Dunat, Genève, París, Edi. A. Pedone, 1986, p. 92.

³⁹ Baxter, Richard R., “Ius in bello Interno: The Present and the Future Law”, en: *Law and Civil War in the Modern World*, John Moore Norton y Friedman Wolfgang Gaston (eds), John Norton Moore, Baltimore, London, 1974, p. 518.

⁴⁰ Kwakwa, Edward K., *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields Application*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, 1992, p. 24.

III. La posible extensión del derecho internacional humanitario a los disturbios interiores

En la actualidad los conflictos armados internacionales se han reducido drásticamente en comparación con el siglo pasado, al tiempo que los conflictos armados internos van en la misma tendencia reductora, en cambio, los disturbios al interior de los Estados se presentan en orden ascendentes, sobre todo, en aquellos Estados con problemas de democracia y estabilidad social; no obstante, seguimos con las mismas ideas ambiguas que otrora se produjo al momento de adoptar el artículo 3 común. Es decir, fue al tiempo de incluirse el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que los estudiosos del derecho internacional humanitario se dieron cuenta que los conflictos armados internos causaban el mismo tipo de sufrimiento a los seres humanos que los conflictos armados internacionales⁴¹. Por tanto, parece ser que en algunos casos nos estamos enfrentando al mismo problema ahora con la violencia interna.

Las estadísticas actuales indican que los disturbios interiores muchas veces también causan graves sufrimientos a la población civil en general, mientras los enfrentamientos persisten, sobre todo, en disturbios intermitentes, que cesan y luego resurgen a lo largo de varias etapas al año y se extienden incluso por décadas. Todo ello debido a que casi la totalidad de las luchas internas de los Estados no se libran para controlar una parte de un territorio, ni para debilitar su estructura política y económica, sino para reclamar reivindicaciones sociales, lo que hace más propensa la aparición constante de disturbios interiores.

Sin embargo, como se ha podido observar, las manifestaciones de disturbios interiores no alcanzan el umbral de violencia interna prolongada necesaria para que puedan considerarse conflictos armados internos, y como consecuencia de ello el artículo 3 común se considera inoperante; sin embargo, es conocido que durante estos acontecimientos se cometen violaciones de normas básicas de los derechos humanos fundamentales, normas inobservadas tanto por el Estado como por grupos armados. Con el agravante de que dichos grupos armados se sienten poco comprometidos a respetarlas, en razón de que éstos últimos no son destinatarios directos de las

⁴¹ Vid. E. Bond, James, *The Rules of Riot. Internal Conflict and the Law of War*, Princeton University Press, Princeton, New York, 1974, p. 45.

obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos, y por consiguiente dejan un vacío de responsabilidad individual⁴².

Al tenor de lo planteado, lo fundamental ahora no es precisamente analizar la aplicabilidad del derecho internacional humanitario durante los disturbios interiores que sí impone obligaciones recíprocas a los involucrados en la contienda, sino determinar cuáles normas de este cuerpo normativo podrían considerarse extensibles a esos casos, y que ciertamente guardan relación directa con otras normas de derechos humanos. Esto nos permitirá concluir lo que hace mucho tiempo se ha estado analizando desde un sector de la doctrina, es decir, la posibilidad de que haya concurrencia de aplicación de normas mínimas del derecho internacional humanitario, que se comportan a su vez como normas internacionales de los derechos humanos al mismo tiempo, especialmente en las situaciones de disturbios interiores, donde ambos derechos se complementan⁴³.

Por ello, a pesar del derecho de los Estados de resguardarse de aplicar algunas normas básicas sobre derechos humanos durante las manifestaciones de disturbios interiores, existen otras tantas de obligatorio cumplimiento que conservan cierta analogía con las mínimas aplicables durante un conflicto armado interno, contempladas en artículo 3 común. De ahí la tesis que el derecho internacional humanitario contenga normas que también pueden ser aplicadas en tiempo de paz, o en situaciones de violencia interna

⁴² Vid. Pons Rafols, Xavier, "Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad...", *loc cit. supra* en nota 1, p. 1114.

⁴³ Rwelamira, Medard R., "The role of international humanitarian law...", *loc. cit. supra* en nota 2, p. (179). Además de la complementariedad, en los conflictos armados internos propiamente dichos podríamos encontrar una mayor congruencia de aplicación del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, como se demostró en los conflictos armados de la antigua Yugoslavia y Ruanda, en los que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU nombró un relator especial en cada conflicto para evaluar las violaciones de los derechos humanos, y posteriormente el Consejo de Seguridad autorizó al Secretario General de la ONU a conformar una Comisión de Expertos para investigar y evaluar las violaciones del derecho internacional humanitario. Ver. Resoluciones 1992/S-1/1, de 14 de agosto de 1992, y 1992/S-2/1, de 1 de diciembre de 1992, de la Comisión de Derechos Humanos sobre la antigua Yugoslavia; Resolución 780, de 6 de octubre de 1992, del Consejo de Seguridad, sobre la antigua Yugoslavia; Resolución S-3/1, de 25 de mayo de 1994 de la Comisión de Derechos Humanos sobre Ruanda, Resolución 935 de 1 de julio de 1994, del Consejo de Seguridad de la ONU sobre Ruanda. La jurisprudencia de la CIJ también ha hecho énfasis en este planteamiento. CIJ, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 Julio 1996, p. 240, pars. 25-25. Más adelante la Corte también repite su observación en la Opinión Consultiva sobre Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 July 2004, p. 45-46 (178), pars. 102-105; ver asimismo a Bouchet Saulnier, Françoise, *The Practical Guide to Humanitarian Law...*, *loc. cit. supra* en nota 5, p. 179.

donde existen dudas razonables para considerar la inexistencia de un conflicto armado interno⁴⁴, concretamente durante una declaratoria de estado de excepción.

Ello se deduce del hecho de que el mismo artículo 3 común no hiciera la distinción entre lo que se consideraba conflicto armado interno y los actos esporádicos de violencia como los disturbios interiores. Aunque el Protocolo Adicional II sí hace la diferencia, y excluye textualmente su aplicación para estos casos, el mismo Convenio se abstiene de suprimir las normas del artículo 3 común, al contrario, resalta que lo complementan, lo que supone su aplicación a la más mínima expresión. Por ello es que el CICR ve factible su visita y asistencia humanitaria inclusive en estas situaciones⁴⁵.

Al tenor de lo planteado, es bien aceptado que por lo menos un mínimo del derecho internacional humanitario en conjunto con el derecho internacional de los derechos humanos sea aplicado durante estos fenómenos por principio de humanidad, aunque tal pretensión de consideración de humanidad sea mínimamente vinculante⁴⁶, por falta de *opinio juris*. Parte de estos derechos se recogen precisamente en la Declaración Turku / Abo de 1990 a la que hemos aludido, que agrupa en un solo cuerpo normativo normas de derechos humanos y normas de derecho internacional humanitario, pero que tampoco es vinculante.

En cualquier caso, la lucha por aplicar ciertas normas del derecho internacional humanitario dentro de los disturbios interiores se hace cada vez más patente, sobre todo si tomamos en cuenta nuevamente los pronunciamientos de la CIJ. El máximo tribunal de justicia de la ONU ha dicho en términos generales que las normas del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados deben respetarse siempre y en toda circunstancia, puesto que esta obligación no deriva solamente de las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, sino de los

⁴⁴ Quéniwet, Nöelle N. R. and Arnold, Roberta, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers/Brill, The Hague, 2008, p. 19

⁴⁵ Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos...*, loc. cit. supra en nota 25, pp. 69-70.

⁴⁶ Discurso de Brian Tittmore, especialista de la Comisión IDH, durante la Sesión Especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre Temas de Actualidad del Derecho Internacional Humanitario, "La Protección de las Personas en Situaciones de Disturbios y Tensiones Internas", Washington D.C., 1 de febrero de 2006, ver en http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=06-0016, fecha de consulta 27 de octubre de 2013.

principios del derecho humanitario; en especial puso énfasis en el artículo 3 común⁴⁷. Asimismo, en similares pronunciamientos, en el caso mencionado sobre el Empleo de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares, la Corte recuerda que un gran número de normas de derecho humanitario elaboradas para aplicarse durante el desarrollo de los conflictos armados constituyen la expresión fundamental del respeto a la persona humana y reflejan consideraciones elementales de humanidad⁴⁸.

Aunque la CIJ menciona expresamente conflicto armado, cuando usa la expresión “consideraciones elementales de humanidad”, dichas normas mínimas las coloca como principios generales de derecho internacional humanitario, revistiéndole de un carácter tan importante que supone su aplicación inclusive en los disturbios interiores, especialmente. En la actualidad, se puede distinguir cuáles son esas normas humanitarias mínimas: las encontramos en el artículo 3 común, el Protocolo Adicional II y en los Pactos internacionales de derechos humanos; entre ellas podemos citar las normas que protegen el derecho a la vida y prohíben la esclavitud, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes - denominadas por la CIJ como normas de las que derivan obligaciones *erga omnes*⁴⁹-, los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (como pueden ser las violaciones sexuales⁵⁰), prohibición arbitraria de la vida, la toma de rehenes, desplazamientos forzados, castigos colectivos, el pillaje, privación deliberada a la población civil de bienes indispensables para su existencia, proveer de asistencia humanitaria a los heridos y enfermos, permitir el acceso a un juicio justo con todas las garantías judiciales del debido proceso a los detenidos, además de brindarles un trato humano, y, en general, las normas que limitan el uso de la fuerza, incluyendo la aplicación de algunos principios de derecho internacional humanitario como los relativos al uso de la fuerza, el de distinción, el de la prohibición del uso de ciertas armas que causan males innecesarios, el de proporcionalidad y necesidad, la aplicación de normas derivadas del principio de humanidad como la atención a los heridos y enfermos, así como la protección del

⁴⁷ CIJ, Caso Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*), 27 June 1986, p. 114, par. 220.

⁴⁸ CIJ, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons..., *loc. cit. supra* en nota 43, p. 257, par. 79.

⁴⁹ CIJ, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), 5 February 1970, p. 32, pars. 33-35; Koji, Teraya, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, en: *EJIL*, vol. 12, n. 5, pp. 917-941 (920).

⁵⁰ *Prosecutor v. Anto Furundzija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, Judgement 10 December 1998, p. 72, par. 183.

personal dedicado a la prestación de asistencia sanitaria.⁵¹.

Además, el propio artículo 3 común fue elaborado recordando los principios básicos e inderogables del derecho internacional humanitario, que a los fines de salvaguardar los derechos humanos fundamentales en los conflictos armados internos, fue concebido como un receptáculo de normas mínimas aplicables. Por tanto, una interpretación teleológica del artículo 3 común permitiría extrapolar su aplicabilidad por lo menos a las situaciones de disturbios interiores de larga duración.

No obstante, como hemos apuntado, en las situaciones de disturbios interiores, las autoridades que gobiernan en una determinada situación no son, desafortunadamente, las únicas que recurren a la violencia y vulneran los derechos humanos fundamentales y las normas humanitarias mínimas, sino también grupos que se enfrentan a las autoridades estatales provocando sufrimiento a las personas civiles víctimas de los enfrentamientos y ajenas a las hostilidades.

Por otra parte, pese a haber llegado a la conclusión de que las normas humanitarias mínimas y las normas sobre protección de los derechos humanos se comportan como normas que tienen concurrencia de aplicación en el campo de los disturbios interiores, la tendencia consiste en utilizar sólo la denominación que conlleva aplicar las normas sobre protección de los derechos humanos en dichas situaciones. Se deduce esto de los últimos pronunciamientos sobre el referido tema, concretamente, lo señalado por la Organización de Estados Americanos (OEA) y el CICR, que en sesiones llevadas a cabo a partir de 1999 han puesto de manifiesto la gravedad de carecer de un régimen de protección a los derechos humanos para situaciones de violencia distinta de la generada en los conflictos armados, como la que se percibe en situaciones de disturbios interiores⁵². Por lo tanto, se complica la actuación de un papel en conjunto tal como recogía la Declaración Turku/Abo de 1990 por lo menos en teoría.

⁵¹ Vid. Pérez González, Manuel, “Tipos de Conflictos y Aplicación...”, *loc. cit. supra* en nota 29, pp. 73-74; Costas Trascasas, Milena, *Violencia Interna y Protección...*, *loc. cit. supra* en nota 16, p. 446 y ss.

⁵² Vid. Declaración Oficial del CICR, 2 de febrero de 2006: “La protección de las personas en situaciones de disturbios y tensiones interiores”, ver en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/oea-statement-02022006.htm>, fecha de consulta 12 de febrero de 2013.

Mientras tanto, nuevos factores hacen imprescindible el papel en conjunto, ello es así cuando otros actores no estatales hacen su participación en las luchas internas bajo el umbral de disturbios interiores. En este sentido, ponemos el ejemplo de las empresas militares y de seguridad privadas, las cuales han hecho más compleja la vulnerabilidad de las personas que se encuentran en zonas de gran inestabilidad como Irak y Afganistán; por tanto, el sistema de protección internacional de los derechos humanos por sí solo se ha vuelto asimétrico al no contemplar alguna regulación entre ellas. Dichos actores no estatales quedan sujetos al criterio del derecho nacional, específicamente el derecho penal responsable de castigar actos violentos contra los derechos de las personas y bienes.

En cualquier caso, la aplicación de normas humanitarias mínimas en las situaciones de disturbios interiores debe asegurarse, pues en caso contrario bastaría con que se aplique el sistema de protección internacional de los derechos humanos directamente, lo que lleva implícito la aplicación del otro cuerpo normativo en su conjunto. Por lo tanto, se asume que los actores no estatales, aunque evadan respetar las normas humanitarias en los disturbios, lo podrían hacer de forma obligada.

Finalmente, en cuanto a los actores estatales se refiere, se ha tratado de regular el uso de las armas de fuego, la cual ha sido objeto de importantes declaraciones, como el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley de 1979⁵³ y los Principios Básicos sobre el Empleo de las Armas de Fuego por los Funcionarios de Hacer Cumplir la Ley de 1990⁵⁴. Estas declaraciones carecen de carácter vinculante, pero gozan de amplia aceptación entre la comunidad internacional al ofrecer orientaciones que guían en la práctica el pleno respeto de los derechos humanos de las personas. En estas declaraciones se señalan los casos excepcionales del uso de las armas de fuego, indispensable para lograr un objetivo legítimo.

Sin embargo, a pesar de las recomendaciones de la ONU en este ámbito es evidente que aún existe un arbitrario uso de las armas de fuego principalmente en las situaciones de disturbios interiores. A ello se agrega, como hemos indicado otrora, las normas

⁵³ Vid. Resolución de la Asamblea General de la ONU 34/169 de 17 de diciembre.

⁵⁴ Adoptados en el Octavo Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en la Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

internacionales de protección de los derechos humanos, caracterizadas por su imprecisión y poca relevancia en cuanto a cómo las autoridades gubernamentales deben afrontar las perturbaciones del orden público o estallidos de violencia al interior de un Estado. Por tanto, si se cuenta con una norma preventiva y sancionadora sería más efectivo diseñar misiones para mantener o restaurar la paz social y proteger los derechos humanos.

IV. Apreciación objetiva de la existencia de un conflicto armado interno

Determinar la existencia de un conflicto armado es una de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales contemporáneas que más han contribuido a la redefinición de los conflictos armados en general. Para el caso de un conflicto armado interno, ello es tan importante como lo ha sido la dificultad que conlleva determinar cuándo una situación de disturbio interior alcanza el umbral de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario, partiendo evidentemente de aquellas situaciones de violencia generalizadas y caracterizadas por descontentos sociales como el preludio de una guerra civil.

En el caso de los Convenios de Ginebra de 1949, éstos carecen de una definición taxativa de lo que es un conflicto armado interno, pues ignoran cómo se origina y quiénes son los actores involucrados. El artículo 3 común a dichos Convenios hace énfasis en la territorialidad⁵⁵ y el Protocolo Adicional II refuerza la relación de la calidad de las partes enfrentadas, que pueden ser el Estado y grupos armados organizados, sin que ello sea determinante a los fines de aplicación de normas de derecho internacional humanitario relativas a ellos, puesto que dichas normas buscan en primer orden la protección de las personas civiles y de la población civil del flagelo de la guerra.

Por otro lado, el hecho de que el mismo Protocolo Adicional II en su artículo 2.1 excluya las tensiones internas y disturbios interiores de su aplicación, rechazando tajantemente que exista un conflicto armado, es preciso pensar que ello es así por la baja intensidad y falta de duración de estos fenómenos; pero si la violencia generalizada

⁵⁵ La evolución técnica y organizacional de muchos de los conflictos armados internos surgidos a partir de la Guerra Fría, han hecho que la territorialidad no sea uno de los aspectos a tomar en cuenta para definir el ámbito territorial donde se desarrollan estos conflictos. Pues los grupos armados organizados muchas veces dirigen su guerra contra el Estado desde otros Estados que le sirven de protección y lugar de asentamiento.

alcanza un umbral mucho mayor que estos, prolongándose de manera preponderante, y las partes se organizan, la situación haría posible la confirmación de la existencia de un conflicto armado interno como hemos puntualizado⁵⁶, pese a la ausencia manifiesta de estas características en el Protocolo.

Asimismo, si extrapolamos la situación de la guerra declarada entre Estados como señala el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, entonces también es posible afirmar que estamos ante un conflicto armado interno cuando hay una guerra declarada entre el Estado y un grupo armado organizado, o entre dos o más grupos armados entre sí. Podríamos poner el ejemplo, sin entrar a valorar de momento su existencia, el supuesto conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda, donde ambos contendientes se han declarado la guerra mutuamente, por un lado, la “supuesta guerra contra el terrorismo” proclamada por Estados Unidos contra la organización terrorista Al Qaeda, y por otro lado, el llamamiento de este grupo a la “guerra santa” contra Estados Unidos y aquellos Estados que apoyan al Estado de Israel, es decir, Occidente en sentido general. Por tanto, si se probara que existió o existe aún un conflicto armado entre los citados contendientes, la declaración de guerra por ambos hubiera supuesto el comienzo del conflicto armado.

Ahora bien, como se ha analizado, por lo general se ha mantenido la preocupación de saber cuándo empieza un conflicto armado a existir como tal. Con esta finalidad nos hacemos la misma interrogante que una vez se hizo Machteld Boot, es decir, si existe un conflicto armado al momento de realizarse el primer disparo por una de las Partes, o con el apercibimiento de la violencia prologada⁵⁷.

Con respecto a lo anterior, consideramos que un conflicto armado interno comienza en el mismo momento en que las autoridades son incompetentes para controlar a los disidentes o insurgentes, como podría suceder con las manifestaciones de disturbios interiores o levantamientos de larga duración, o en su defecto, la guerra declarada según se ha indicado.

⁵⁶ Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Oxford, New York, 2002, p. 573.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 549.

Por lo tanto, para otros casos, y según advierte Kai Ambos, la existencia de un conflicto armado no depende con exclusividad del grado discrecional y subjetivo de las Partes, es decir, de su pronunciamiento, siendo así que las mismas Partes, sobre todo la más interesada - el Estado - siempre tienden a minimizar la existencia del conflicto, como una táctica empleada para abstenerse de aplicar los principios humanitarios por motivos políticos⁵⁸.

Por otra parte, también se cuestiona en qué momento termina un conflicto armado interno, y ello es importante para saber cuándo la norma deja de ser aplicada. Como respuesta, a pesar de que los Convenios de Ginebra hacen referencia al espacio temporal y geográfico para la aplicación de los mismos, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) hace su aportación a los fines de despejar cualquier duda que pudiera surgir, y también con el propósito de que pueda perder importancia la determinación de la existencia del conflicto cuando es presumible que todavía existe.

Así, refiriéndose a ambos tipos de conflictos armados, el TPIY explica que el artículo 5 del primer y tercer Convenio, el artículo 6 del cuarto Convenio y el artículo 3 del Protocolo Adicional I, todos ellos son aplicables a ambos tipos y se pueden extender más allá del tiempo y lugar exacto de las hostilidades, incluso hasta el término de los acuerdos de paz o de una posible solución pacífica⁵⁹. A lo que nosotros añadiríamos un tiempo de distensión por el que se pueda percibir que las Partes han asumido y puesto en práctica lo acordado. Esto debido a que ha habido conflictos armados en los cuales, tras un período de negociación, las hostilidades se reanudan nuevamente por diferentes motivos, pero relacionados directamente con el conflicto. Es lo que pasó con la firma de los Acuerdos de Arusha de 3 de agosto de 1993, que pretendió poner fin al conflicto armado en Ruanda (1990-1994), sin embargo, las hostilidades resurgieron cuando inmediatamente fue asesinado el presidente ruandés Juvénal Habyarimana, el 16 de abril de 1994.

⁵⁸ Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, loc. cit. supra en nota 58, p. 84.

⁵⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-T), Trial Chamber, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995, par. 67 y ss.

Asimismo, el TPIY establece que aun si las violaciones del derecho internacional humanitario se hubieran cometido en una sola parte del territorio y aunque este se encuentre lejos dentro del espacio geográfico de aplicación del mismo, basta con que los crímenes estén estrechamente relacionados con las hostilidades y las partes involucradas para que surtan efecto y se aplique la norma⁶⁰. Esta opinión trae consigo importantes consecuencias en cuanto a la extensión geográfica, existencia y tipología del conflicto armado en algunos escenarios, tanto para conflictos armados internos como internacionales.

Es decir, para determinar la existencia de un conflicto armado interno y en consecuencia el derecho aplicable, no es necesario que las hostilidades se produzcan en todo el Estado y sus provincias, conjuntamente con sus municipios, puesto que desde el mismo momento en que estallan las hostilidades, importa poco el espacio geográfico del territorio donde se desarrollen, se puede afirmar que existe un conflicto armado en todo el Estado⁶¹ considerando que dichas hostilidades estén relacionadas con el conflicto que subyace. En consecuencia, se evitaría fraccionar la determinación de la existencia de un conflicto armado interno hacia una parte específica de un Estado, sea éste federado o no. Fue lo que aconteció con el conflicto armado desatado en la antigua Yugoslavia, cuyo conflicto armado interno se inició primero en los territorios de Eslovenia y Croacia cuando se proclamaron independientes, existiendo por tanto un conflicto armado en la República Federativa Socialista de Yugoslavia compuesta por seis repúblicas y dos provincias autónomas, siendo así hasta que algunos Estados europeos le dieron su reconocimiento a los nuevos Estados surgidos⁶², por el que entonces pasaría a ser un conflicto armado entre varios Estados diferentes pasando a ser de aplicación las reglas que comprenden los conflictos armados internacionales.

⁶⁰*Ibidem*, par. 70.

⁶¹*Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement 3 March 2000, p. 25, par. 64.

⁶²Tal es el caso de Alemania que reconoció muy rápido la independencia de Eslovenia y Croacia, seguido por los demás miembros de la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE), que en un principio se mostraron por defender la integridad territorial del Estado, sin embargo, el recrudecimiento del conflicto los llevó a ceñirse exactamente en los estipulado en el Acta Final de Helsinki (1975) y la Carta de París (1990), es decir, el respeto de los derechos humanos de las minorías y el derecho a disponer de sí mismos. Véase, Declaración común de 5-7-91, Bol. CE 1991-7/8, punto 1.4.3, p. 10; Sobre la práctica comunitaria véase, Navarro Batista, Nicolás, “La Práctica Comunitaria sobre Reconocimiento de Estados: Nuevas Tendencias”, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, n. 2, 1995, pp. 475-510.

Pero la citada jurisprudencia del TPIY podría parecer un poco ambigua para algunos juristas, por ejemplo, de acuerdo a Kai Ambos, la determinación de la existencia – a lo que habría de añadir también la tipología - de un conflicto armado interno en un Estado federado se cree confusa al momento de estallar dicho conflicto en uno de los Estados. Se puede poner el caso de Estados Unidos o cualquier otro Estado de estructura política compleja, es decir, ¿sería correcto afirmar que se está ante un conflicto armado en todo el Estado federal⁶³? A nuestro juicio podemos decir que sí, porque pese a que los Estados que forman un Estado federal son *cuasi-soberanos*, todos ellos constituyen una sola unión, un solo Estado hasta el momento de la secesión. Por lo tanto, la dependencia territorial es un factor determinante en este caso, que no fragmenta el conflicto armado ni cambia la tipología del conflicto.

Por consiguiente, carece de sentido lógico separar teóricamente un Estado federal en varias entidades territoriales con la finalidad de fragmentar un conflicto armado interno entre el Estado y la Parte rebelde en el que se infiera la aplicación de las normas que corresponden a los conflictos armados internacionales, derivado de la autonomía interna de que gozan los Estados de un Estado federal. Dicho de otro modo, que uno de ellos se comporte como una parte independiente en el conflicto y el conflicto se considere internacional. Este caso hipotético sólo sería posible si el Estado reconoce el estado de beligerancia, en suma, si declarase a la Parte rebelde como beligerante.

1. El carácter de grupo armado organizado como elemento objetivo de un conflicto armado interno

Cuando el TPIY se vio en la necesidad de puntualizar los aspectos que entrañaban la existencia de un conflicto armado en términos generales, al mismo tiempo determinó lo que consideraba un conflicto armado interno, al señalar que éste existe siempre que haya un recurso a la fuerza armada prolongada entre las fuerzas del Estado y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado⁶⁴. Es decir, hizo referencia al carácter de grupo armado organizado como uno de los elementos esenciales para la determinación del conflicto, además de ampliar la amalgama de los conflictos armados internos y sus distintas especificidades, al romperse el criterio

⁶³ Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, loc. cit. supra en nota 58, p. 86.

⁶⁴ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, Defence Motion on Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 70.

establecido que hace referencia a la participación obligatoria de las fuerzas armadas estatales según el artículo 1.1 del Protocolo Adicional II, de manera que ahora es posible considerar la existencia de un conflicto armado interno si tan sólo se enfrentan grupos armados organizados, abriendo de esta manera un espacio aún mayor que el que se tenía antiguamente dirigido a determinar el concepto de grupo armado organizado.

Hasta la adopción del Protocolo Adicional II, la introducción del concepto grupo armado organizado es relativamente nuevo, ya que, como es ampliamente conocido, el derecho internacional consuetudinario había concedido el estatuto fuerzas armadas organizadas únicamente a los beligerantes en los conflictos armados internacionales entre Estados, no así a los grupos armados organizados en los conflictos armados internos, por lo que éstos últimos quedaban fuera del ámbito de aplicación de la norma. La situación cambió a raíz de la adopción del reglamento perteneciente al cuarto Convenio de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que excepcionalmente le confirió el nombre de beligerantes a ciertos grupos armados que luchaban contra el propio Estado⁶⁵.

El reglamento significó un gran avance para regular de alguna forma los conflictos armados internos al condicionarlo a la aparición de estos grupos armados, pero, al mismo tiempo, permitió que dichos grupos se diversificaran tomando diversos nombres como rebeldes, insurgentes, grupo de disidentes, o milicias. Además, se entendía que los beligerantes para ser considerados como tales debían presentar estas condiciones: que tuvieran un mando responsable; posesión de un territorio; que se respetara el derecho de la guerra; el reconocimiento por terceros Estados de la beligerancia, y, la existencia general de hostilidades⁶⁶. Así, todo aquel grupo armado que presentara otras características distintas a las señaladas difícilmente se le podría aplicar el derecho internacional humanitario, como por ejemplo el estatuto de prisionero de guerra al ser sus miembros detenidos o capturados por su enemigo.

⁶⁵ De acuerdo al reglamento, las milicias y cuerpos de voluntarios deberían presentar las siguientes características: a) Estar bajo un mando que le represente, b) poseer un signo distintivo que le identifique, c) llevar armas consigo, y d) respetar las leyes y costumbres de la guerra.

⁶⁶Vid. Greenspan, Morris, *The Modern Law of Land Warfare*, California UP, Cambridge UP, 1959, pp. 18-19.

Por consiguiente, en la primera mitad del siglo XX, alcanzar el reconocimiento de beligerancia en una guerra civil se hizo más latente sobre todo al tratar de definirse el estatuto jurídico de los beligerantes de acuerdo a las leyes y costumbres de la guerra, pues sólo se tenía una pequeña noción de la existencia de un conflicto armado interno con el riesgo de quedar fuera del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario. Cabe agregar que en aquella época todavía predominaba el criterio de guerra civil sobre el de conflicto armado interno, aunque la fuerza beligerante tuviera el reconocimiento de terceros Estados. Ello significaba que, a pesar de la internacionalización del conflicto, éste continuaba siendo interno, como veremos más adelante.

Para el caso de una insurgencia, entendida como el levantamiento de un grupo armado contra el gobierno, pese a tener características similares que los beligerantes a sus miembros capturados se le impedía gozar del derecho de protección, es decir, del reconocimiento de prisionero de guerra; se adoptaba esta decisión porque se les consideraba a ellos en una escala menor que a los beligerantes. Además, como se apuntó, se tenía la percepción de que en un conflicto armado interno con las características propias de una guerra civil, solamente los beligerantes podrían disfrutar del estatuto de prisionero de guerra, de modo que fuera de ese contexto, si el Estado designaba a los rebeldes como insurgentes evitaría el otorgamiento de ese beneficio a los miembros capturados del grupo insurgente, y en última instancia esa situación equivaldría también al no reconocimiento de la existencia de un conflicto armado interno que como fin último repercutía en evitar aplicar el derecho internacional humanitario en las guerras internas, pudiendo los insurgentes ser perseguidos por violación del derecho interno por los delitos cometidos. En definitiva esa táctica de algunos gobiernos provenía de que aunque en las guerras civiles siempre se había optado por aplicar las normas básicas del derecho internacional humanitario – hoy las correspondientes al artículo 3 común - no estaba claro si esas normas de carácter consuetudinario debían cumplir con la protección debida para todos los grupos armados.

En efecto, la discrepancia entre grupos armados beligerantes e insurgentes dio paso a que algunas guerras internas se librasen sin que los Estados reconocieran el estatuto de beligerantes a los grupos armados, en cuyo caso se prefirió otorgarles el estatuto de insurgentes, que, como hemos apuntado, se evidenció para evadir la aplicación directa

de las normas básicas del derecho internacional humanitario reservadas a los grupos armados beligerantes ya reconocidos, o por motivos políticos⁶⁷, o en su caso resguardarse de aplicar una mayor protección a las víctimas de estos conflictos, las personas civiles y los combatientes⁶⁸.

Tal fue el caso de la Guerra Civil Española (1936-1939), en cuyo proceso el gobierno republicano y terceros Estados se negaron a reconocer a los insurgentes franquistas como beligerantes, a pesar de que éstos últimos tenían controlada una parte del territorio⁶⁹ y contaban con el apoyo de algunos Estados europeos como Alemania e Italia⁷⁰, quienes ya habían reconocido el gobierno establecido en los territorios ocupados por estos; no obstante, los republicanos se abstuvieron de conferirles el estatuto de beligerantes a los insurgentes⁷¹. En todo caso, se consiguieron aplicar ciertas normas básicas del derecho internacional humanitario⁷² como consecuencia de la mediación del

⁶⁷ La declaratoria de beligerante traía como consecuencia respetar el derecho de los usos y costumbre de la guerra; reconocer a los insurgentes caídos el estatuto de prisioneros de guerra; derecho de control del espacio marítimo ocupado por la parte declarada beligerante; protección más amplia a las personas civiles víctimas del conflicto que si se tratara de un conflicto puramente interno sin declaratoria de beligerancia, etc. Vid. Lootsteen, Yair M., "The Concept of Belligerency in International Law", en *Military Law Review*, vol. 166, 2000, pp. 109-141 (110).

⁶⁸ Situación que hoy día ha cambiado, pues por lo menos la aplicación de las reglas del artículo 3 común carece de condicionamiento, es decir, del reconocimiento de los insurgentes como beligerantes; se aplican dichas reglas a excepción del estatuto de prisionero de guerra, que sigue siendo reservado a los beligerantes comprendidos en aquellos grupos armados que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el marco de la libre determinación de los pueblos, según se deduce del artículo 1.4 del Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

⁶⁹ O'Rourke, Vernon A., "Recognition of Belligerency and the Spanish War", en *AJIL*, vol. 31, n- 3, 1937, pp. 398-413 (405).

⁷⁰ Garner, James W., "Question of International Law in the Spanish Civil War", en *AJIL*, vol. 31, n- 1, pp. 66-73 (70-71).

⁷¹ Padelford, Norman J., "International Law and the Spanish Civil War, en: *AJIL*, vol. 31, n. 2, 1937, pp. 226-243 (p. 236).

⁷² En la Resolución de 30 de septiembre de 1938 sobre Protección de la Población Civil contra los Bombardeos desde el Aire en Caso de Guerra, la Asamblea General de la Sociedad de Naciones expresa que todo bombardeo contra la población civil es ilícito; los objetivos militares deben ser plenamente identificados; los ataques legítimos contra objetivos militares deben ser llevados a cabo fuera de los lugares donde hay concentración de población civil, etc. Ver en: <http://www.dannen.com/decision/int-law.html#D>, fecha de consulta 18 de noviembre de 2014. Durante la guerra civil se violó el artículo 25 del Convenio IV de la Haya de 1907 y su Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Desde entonces se considera una norma consuetudinaria de derecho internacional humanitario la prohibición de bombardear ciudades, aldeas pueblos, habitaciones o edificios que no estén defendidos. Algunas de las ciudades bombardeadas fueron: Guernica, Donostia, Granada, Bilbao, Zaragoza, Durango, Barakaldo, Almería, Barcelona y Oviedo. Por otro lado, se aplicaron parcialmente algunas normas como las relativas a dar trabajo a los prisioneros de guerra, protección de los niños, y en definitiva proteger a los prisioneros de guerra de acuerdo al Código Militar. Véase Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, New York, United States of America, 2010, p. 79; La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 62-63; Perna, Laura, *The Formation of the Treaty Law of Non- International*

CICR y en respuesta a la condena de la Sociedad de Naciones a ciertos ataques contra la población civil⁷³, constituyendo de inmediato un avance importante para los futuros Convenios de Ginebra de 1949, y el desarrollo posterior de algunas disposiciones en los Protocolos Adicionales de 1977, ya que, como apunta Fernández Liesa, no era costumbre internacional para la época aplicar las normas de derecho internacional humanitario en las guerras civiles sin que antes se hubiera reconocido el estatuto de beligerancia previamente⁷⁴.

La segunda posguerra y el advenimiento de un nuevo orden mundial significaron el momento idóneo para refundar el derecho internacional humanitario por la persecución de los atroces crímenes cometidos, permitiendo a su vez que lo concerniente al estatuto de los grupos armados insurgentes fuera ampliamente discutido mientras se negociaba la adopción del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Por ejemplo, para que a los insurgentes se les reconocieran ciertos derechos según Estados Unidos, éstos deberían estar organizados presentando características similares a las de un Estado, o las de un grupo beligerante, es decir: autoridad sobre un determinado grupo de

Armed Conflicts, Martinus Nijhoff Publisher, The Netherlands, 2006, p. 39; Draper, GIAD, “Humanitarian Law And International Armed Conflict”, en *Journal of International & Comparative Law*, vol. 13, n. 1983, pp. 253-277 (261); Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “El traslado forzoso de la población durante los conflictos armados”, en *Uso de la fuerza y la protección de los derechos humanos en un nuevo orden*, Consuelo Ramón Chornet (Ed.), Tirant lo Blach, Valencia, 2006, pp. 203-228 (220-221).

⁷³Las agrupaciones que conformaban la Cruz Roja organizaron una Conferencia en Londres en junio de 1938 con la participación de las Partes en la guerra, a fin de que se aplicaran ciertas normas de derecho internacional humanitario.

⁷⁴Por otro lado, el reconocimiento de la beligerancia podía inclusive ser implícito cuando un Estado mantiene la declaración de neutralidad al respecto, sobre todo cuando los fuertes vínculos e intereses lo conminan a adoptar una posición contraria y no lo hace. Ver Fernández Liesa, Carlos R., “La Guerra Civil Española y el Derecho Internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. LXI, n. I, 2009, pp. 75-97 (88-89); Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2010, pp.16-17. Estados Unidos mantuvo una posición de neutralidad condicionada a sus intereses, porque permitió la venta de armas, buques y material de guerra al gobierno español republicano. La justificación para esta acción se encuentra en lo afirmado por el Secretario de Estado de la época, el señor William Phillips, según el cual la ley de neutralidad vigente desde 1794, obligaba a Estados Unidos a mantenerse neutral cuando se tratara de un conflicto entre dos o más Estados, y en el caso en cuestión se trataba de una guerra civil. Vid. Finch, George A., “The United States and the Spanish War”, en *The American Journal of International Law*, vol. 31, n. 1, pp. 74-81 (74-75). La cooperación de ayuda en armas, equipos y material bélico de Estados Unidos al gobierno republicano de España durante la Guerra Civil, podrían ir en concordancia con el principio de neutralidad y no injerencia en los asuntos internos de los Estados, posición contradictoria cuando durante el conflicto armado interno en Nicaragua decidió apoyar a *los contras*, el grupo insurrecto contra el gobierno del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), de ideología socialista-comunista, lo que implícitamente hubiese sido un reconocimiento de beligerancia a los contras en caso de que éstos hubieran ocupado una parte del territorio. Vid. Ojeda Gómez, Mario, *Retrospección de Contadora: Los esfuerzos de México para la paz en Centroamérica (1983-1985)*, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, México, 2007, p. 130.

personas dentro de un territorio o zona controlada; que sus fuerzas armadas estuvieran bajo la dirección de un mando responsable, preparada para observar el derecho de la guerra, y que así lo reconocieran las disposiciones convencionales. No obstante, la posición estadounidense tuvo escaso apoyo en razón de evitar equiparar la beligerancia con la insurgencia, y se aceptó, como hemos apuntado, sólo en el ámbito de las guerras civiles cuando los insurgentes fueran reconocidos como beligerantes por el propio Estado⁷⁵. Por lo que la inclusión del artículo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 1949 tuvo poco impacto para resolver el problema, debido a que los Estados se abstuvieron de incluir prerrogativas al respecto.

Por supuesto, con esta postura se infiere el deseo de los Estados de impedir que el artículo se utilizara para regular los actos de bandidaje, disturbios y levantamientos de corta duración. Los Protocolos Adicionales I y II de 1977 zanjaron la cuestión cuando reconocieron, el primero, la aplicación de las normas de los conflictos armados internacionales en los pueblos que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el marco de la libre determinación de los pueblos, y el segundo, la ampliación y desarrollo del artículo 3 común, que recoge la denominación grupos armados organizados en general para todos aquéllos que presentaran las características antes exigidas para los beligerantes.

Si bien es cierto que el Protocolo Adicional II de 1977 se adoptó sin hacer referencia alguna a grupos armados beligerantes o insurgentes, la sola mención “*grupos armados organizados*” indica que se ha apartado de la costumbre clásica conocida. Esto quiere decir que, aunque los grupos armados beligerantes e insurgentes son conceptos más

⁷⁵ Cassese, Antonio, “The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law”, en *UNCLA Pac Basin L. J.*, vol. 55, n. 3, 1984, pp. 55-118 (105); Bond, James E., *The Rules of Riot. Internal Conflict and the Law of War...*, *loc. cit. supra* en nota 41, p. 53. Hay que reconocer que dar a un grupo armado organizado el carácter de beligerante, en términos clásicos significaba, por un lado, el reconocimiento *ipso facto* de la aplicación de las leyes y costumbres de la guerra, y, por otro lado, internacionalizar el conflicto, debido a que ello conllevaría otorgar cierta subjetividad jurídica internacional a dicho grupo, colocando al Estado en igualdad de condiciones respecto al grupo, frente a terceros Estados, con titularidad de derechos y obligaciones internacionales. No olvidemos que el concepto de beligerancia siempre ha sido aplicado en situaciones en las cuales los beligerantes han querido constituir un nuevo Estado. Ejemplo de ello lo ofreció la Guerra de Secesión Americana en 1861, cuando los Estados del Sur o Confederados querían formarse como Estados independientes de la Unión, por lo que éstos fueron llamados como beligerantes tanto por Francia como por el Reino Unido. Vid. Yair M., Lootsteen, “The Concept of Belligerency in International Law”, *loc. cit. supra*, en nota 67, p. 114. Lo mismo aconteció con las Guerras de Separación de Hispanoamérica. Es decir, se trataba de conflictos internacionales, para el caso de separación, y de auténticas guerras civiles, para el caso de secesión. Con otras dimensiones podemos mencionar la Guerra Civil Española (1936-1939) y la Guerra Civil Griega (1941-1950), la Guerra de Corea (1950-1953), entre otras.

acabados, en cuanto a que se han hecho especificaciones concretas de su estatuto, las terminologías han caído en desuso⁷⁶, siendo sustituidas esta vez por grupos armados organizados de manera general, dejando atrás la diferencia de ambos grupos; lo que ha venido a significar en adelante que a los fines de la aplicación del derecho internacional humanitario poco importa el estatuto jurídico de las Partes.

Por tanto, la finalidad de desmembrar las características de los grupos armados organizados, es lo que indudablemente nos acercará a saber cuándo estamos ante una de las eventualidades de un posible conflicto armado interno, que lógicamente repercutirá en una definición más precisa y detallada. Así pues, para que existan grupos armados organizados, según los lineamientos del Protocolo Adicional II, en su artículo 1, deben los insurgentes estar organizados bajo la dirección de un mando responsable al cual obedezcan órdenes; que puedan desarrollar sus actividades operacionales de manera sostenida y concertada en una parte del territorio y, que apliquen el Protocolo.

A *priori* es necesario destacar la omisión deliberada del requisito “realización de operaciones sostenidas y concertadas en una parte del territorio”, por la citada Sala de Apelaciones del caso *Tadic*, lo que en gran medida viene a significar una adecuación a los cambios que se están produciendo en las distintas formas de hacer la guerra, donde el dominio efectivo de un territorio ya no se sustenta, porque existen grupos armados transfronterizos que operaran desde otros Estados con el apoyo o no de sus autoridades. Por otro lado, aparte de los criterios señalados en el Protocolo Adicional II, la Sala de Primera Instancia del TPIY agrega otros elementos de especial importancia que distinguen y refuerzan la organización de un grupo armado organizado. Ellos son, sin que se consideren exhaustivos: “*la existencia de un cuartel general; capacidad para tener acceso a las armas y equipos militares; su capacidad para definir una estrategia militar unificada; uso de tácticas militares, y sobre todo, su capacidad para negociar y celebrar acuerdos como el de alto al fuego y de paz*”⁷⁷.

Efectivamente, no todo grupo armado que se presume organizado cumple con tales requisitos, por lo que cabe descartar inmediatamente a los grupos armados que surgen

⁷⁶Yildiz, Kerim, y Breau, Susan, *The Kurdish Conflict: International Humanitarian Law and Post-Conflict Mechanisms*, Routledge, Abingdon, Oxon, p. 46.

⁷⁷ *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.* (IT-04-84-T), Trial Chamber I, Judgement 3 April 2008, par. 60.

esporádicamente de los disturbios interiores, tumulto, bandidaje o cualquier acto de rebelión de corta duración. Por ello, es necesario enfatizar que la aparición de grupo armado organizado es una cuestión que se determina en la práctica⁷⁸, como también lo es la consideración de la existencia misma de un conflicto armado interno. Lo que viene a significar que si cualquiera de estos actos enunciados se prolongan, pueden llegar a formar auténticos grupos armados organizados, para hacer frente a otros grupos o al Estado mismo, como ocurre en una guerra civil.

Por otro lado, cuando el TPIY señala que la diferencia entre beligerancia e insurgencia se está haciendo cada vez más difusa, al mismo tiempo, está reforzando los elementos objetivos que conforman los grupos armados organizados antes aludidos a las fuerzas armadas estatales, en razón de pretender equiparar los actores que intervienen durante el desarrollo de las hostilidades. De ser así, en desarrollos posteriores del derecho internacional humanitario tendremos la ocasión de ver cumplida su institucionalización en un solo cuerpo normativo aplicado a ambas categorías de conflictos. Lo que va en consonancia también con la retórica pronunciada por el TPIY, en el sentido de que la aplicabilidad de las normas jurídicas de los conflictos armados internacionales está repercutiendo cada vez más en los conflictos armados internos. Según el Tribunal, cuatro son los indicativos que destacan esta fusión:

*“En primer lugar, hoy día las guerras civiles se desarrollan con más frecuencia a causa del progreso tecnológico, lo que posibilita la proliferación y formación de grupos armados organizados, y la tensión entre grupos étnicos y económicos; en segundo lugar, los conflictos armados son más prolongados y de gran intensidad, que poco se diferencian de los conflictos internacionales; en tercer lugar, las guerras civiles son tan intensas que casi siempre cuentan con la participación directa e indirectamente de terceros Estados debido a intereses políticos, económicos e ideológico, y en cuarto lugar, la protección de los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo se hace cada vez más evidente, relegando la soberanía del Estado a un segundo plano”*⁷⁹.

⁷⁸ Vid. O'Rourke, Vernon A, “Recognition of Beligerency...”, *loc. cit. supra* en nota 69, p. 405.

⁷⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 97.

Así, de acuerdo al criterio del TPIY, los cambios que se están produciendo en la sociedad internacional producto del mismo desarrollo humano, han repercutido en la forma de hacer la guerra, haciendo que la distinción entre un conflicto armado interno e internacional vaya perdiendo su valor; así ocurre también con los conceptos beligerancia e insurgencia a los fines de aplicar el derecho internacional humanitario. Piénsese por ejemplo, la situación bélica en Colombia, cuyos gobiernos anteriores al 2010, pese a un discurso coherente, siempre han denegado la existencia de un conflicto armado interno que persiste desde 1948⁸⁰ y el reconocimiento de los insurgentes FARC-EP como beligerantes como si tal reconocimiento fuera esencial en nuestros días⁸¹.

En ese sentido, es posible señalar que los gobiernos colombianos, por un lado, buscaban prevenir las posibles repercusiones políticas tanto nacionales como internacionales que ese reconocimiento traería, así como frenar la consolidación del poder de los insurgentes; pero, por otro lado, pretendía abstenerse de aplicar el derecho internacional humanitario cuando situaciones hostiles así lo requieran. No obstante, carece de fundamento a la luz del artículo 2 del Protocolo Adicional II concluir que la determinación expresa del estatuto de beligerante sea la condición exigida para que se considere al grupo como grupo armado organizado, o bien, dicho de otra manera, que el reconocimiento de beligerante al grupo sea el elemento indispensable para que se defina la situación como conflicto armado interno, pues, como hemos puntualizado anteriormente, la jurisprudencia del TPIY ha considerado que a los fines de aplicación del derecho internacional humanitario poco interesa el estatuto jurídico de las partes.

⁸⁰ Con la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, se reconoce por primera vez que existe un conflicto armado, vigente para la aplicación de la Ley a partir de 1985 (artículo 3).

⁸¹ Independientemente de las concepciones políticas, las FARC-EP *de facto* como grupo armado organizado. Lo que sí podría estar en discusión es la naturaleza de dicho conflicto, es decir, Colombia es un Estado democrático y representativo, y aunque no se perciba una existencia general de hostilidad, éste grupo no tiene objetivos claros y definidos, como modificar el orden constitucional vigente o de reivindicar una parte del territorio en favor de una mejor distribución de las tierras. Por mucha que sean sus pretensiones, son muy generalizadas, y muchas de sus acciones lo identifican como terrorista, visto así tanto por Estados Unidos y la Comunidad Europea, dada la cantidad de secuestros de civiles y atentados a las instituciones públicas y privadas. Vid. Ramelli Arteaga, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y el Estado de Beligerancia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004; Mirko, Sossai, "The Internal Conflict in Colombia and the Fight against Terrorism: UN Security Council Resolution 1465 (2003) and Further Developments", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 253-267; Gassmann, Pierre, "Colombia: Persuading Belligerents to Comply with International Norms", en: *Civilians in War*, Simon Chesterman (edit), Lynne Rienner Publishers, Inc., United States of America, 2001, 67-92.

Finalmente, como se ha podido indicar, los conflictos armados internos están pasando por una transformación en cuanto a su definición y determinación. Así, nuevos elementos hay que considerar al momento de estatuir sobre su formación; por lo que la tradición clásica del reconocimiento de beligerancia se hace cada vez más distante, y otros elementos intrínsecos se consideran hoy imprescindibles, como son la intensidad y prolongación de las hostilidades.

2. Intensidad y prolongación de las hostilidades, dos de los principales requisitos a la determinación de la existencia de un conflicto armado interno

Al tratar sobre la existencia de un conflicto armado, el TPIY también hizo hincapié al alto grado de las hostilidades como el elemento crucial⁸² en la conformación de los conflictos armados internos. En este sentido, la violencia y prolongación de las hostilidades siempre han sido considerados requisitos coadyuvantes para la determinación de un conflicto armado, al menos *de facto*, mas no *de jure*. Esto fue así hasta que se pronunció el TPIY, señalando que para la existencia de un conflicto armado, además de los presupuestos generales conocidos, es necesario verificar que los combates hayan alcanzado un alto grado de hostilidad, incluyendo el riesgo de que pueda existir y extenderse más allá del lugar donde se originó⁸³.

Fue así como la noción para la determinación de la existencia de un conflicto armado interno se fue haciendo más objetiva, pero imprecisa, debido a que no se contaba con un parámetro general de medición y tiempos exactos que indicaran cuándo debería darse el cumplimiento aproximado de los elementos señalados por el TPIY, pues el carácter prolongado de un conflicto armado difícilmente puede ser previsible si las hostilidades surgen de modo intermitente⁸⁴. Por consiguiente, se deja a la apreciación subjetiva de los acontecimientos la determinación de cuándo un conflicto armado ha alcanzado esa calificación.

De hecho, el caso de *Dusko Tadic* nos ofrece un claro ejemplo de las especificidades de referencia que entrañan un conflicto armado, a saber: el TPIY señalaba que el conflicto

⁸²*Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 70.

⁸³ *Ídem*.

⁸⁴ Sassòli, Marco, "Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law", en *Humanitarian Law Research Initiative*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, 2006, n. 6, pp. 6-7

yugoslavo, iniciado en 1991, había continuado en 1992 y que no fue hasta 1995 con los acuerdos de Dayton que el conflicto finalizó. Para los jueces del TPIY, este largo proceso del conflicto yugoslavo hacía ver de forma suficiente su prolongación; sin embargo, la violencia prolongada entre las fuerzas armadas estatales y los grupos armados insurgentes sobrepasaron todos los requisitos aplicables a la intensidad de los conflictos armados, inclusive en la región de Prijedor, lugar de la comisión de los crímenes atribuidos al acusado⁸⁵.

Ciertamente, los hechos acaecidos en la antigua Yugoslavia fueron más que suficientes para razonar sobre la intensidad de los conflictos armados internos, pero desde nuestra perspectiva el factor prolongado del mismo tiene que ver más con la naturaleza del conflicto que con una causa fundamental y determinante para la existencia del conflicto armado interno. Es decir, el problema yugoslavo desatado en 1991 constituyó una auténtica guerra civil que concluyó con el desmembramiento del Estado Federal y el surgimiento de nuevos Estados independientes en tan sólo cinco años; pero el hecho pudo haber ocurrido en menos tiempo, y las hostilidades también se hubieran reducido si el mecanismo negociador o mediador hubiese surtido efecto desde el inicio de los enfrentamientos.

De esta manera, tenemos que cuando se enfrentan grupos armados organizados entre sí o contra el Estado, es evidente que ello traerá violencia y horror en menor o mayor proporción, pues la duración dependerá del poder y táctica que ostenten los enfrentados. Por consiguiente, el alto grado de intensidad y la prolongación de las hostilidades son elementos importantes, sin embargo, precisar su completa valoración resulta muy complejo en el tiempo y el espacio. Piénsese, por ejemplo, en los enfrentamientos armados con las típicas cualidades de los conflictos armados, pero cuyas hostilidades se quedan cortas en el umbral de una auténtica y generalizada guerra civil, como es el caso del conflicto armado colombiano, al que hemos apuntado.

En cualquier caso, la Sala de Primera Instancia del TPIY precisa que desde su óptica de análisis, la duración o prolongación del conflicto incide relativamente para determinar la existencia de un conflicto armado, aunque éstos sean los elementos objetivos del

⁸⁵*Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota, par. 70.

mismo, pues es la valoración de la intensidad el indicativo más propenso a considerar en el contexto de un conflicto armado interno. Concretamente, el Tribunal apunta al tipo de armas utilizadas, el número de posibles personas y de fuerzas involucradas, el grado de destrucción material y el número de personas civiles o desplazados que huyen de los combates, así como también de la intervención del Consejo de Seguridad de la ONU⁸⁶.

Por consiguiente, la intensidad y la prolongación de las hostilidades constituyen un mínimo exigido para verificar la existencia de un conflicto armado; y lo es también para distinguir los conflictos armados de los actos de bandidaje no organizados, actividades terroristas e insurrecciones de corta duración⁸⁷. Para reafirmar este postulado, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) aprueba el mismo elemento para la definición de los conflictos armados que la expresada por el TPIY, en cuanto a que su artículo 8 (f) hace referencia al término prolongación. Lo que confirma nuevamente la tendencia a considerar la importancia de este componente como parte importante dentro de los conflictos armados internos.

Sección Segunda. Conflictos armados internos contemporáneos, su dimensión heterogénea

I. Transformación de los conflictos armados internos: África subsahariana y el conflicto yugoslavo

Uno de los asuntos que más se han dilucidado dentro del campo del derecho internacional humanitario es sin duda los atinentes a la determinación y existencia de un conflicto armado interno. Por tanto, es esencial partir de las concepciones hechas a lo largo de su evolución hasta llegar a los últimos debates que han tenido lugar para definir lo que se podría considerar como la existencia de un conflicto armado interno.

Así tenemos que, durante el desarrollo del concepto conflicto armado interno particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, los especialistas en el campo del derecho internacional humanitario y del derecho internacional penal⁸⁸ coincidían en

⁸⁶ *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.* (IT-04-84-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 77, par. 49.

⁸⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-T), Trial Chamber, Judgement 7 May 1997, pp. 193-194, par. 562.

⁸⁸ La denominación derecho internacional penal a veces es tratada sin hacer ninguna distinción con derecho penal internacional, por lo que la doctrina en algunos casos se abstiene de hacer comparaciones. En esta investigación, usaremos la expresión derecho internacional penal para hacer referencia a los

que el principal problema era identificar los factores y las fuerzas o grupos armados que intervenían para determinar a qué clase de conflicto pertenecía⁸⁹. Esta fue de hecho una de las principales preocupaciones de los negociadores al adoptarse el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra en 1949.

En ese sentido, es preciso recordar que la delegación de Estados Unidos sugería que ante el carácter no concluyente y hasta confuso del artículo 3 común, se debería aplicar solo en situaciones en que es posible equiparar los insurgentes a beligerantes, mediante una serie de indicadores ya enunciados⁹⁰. Sin embargo, a pesar de que el argumento fue rechazado por falta de homogeneidad, hay que agregar también que semejante afirmación podría suscitar otro problema aún mayor: el de internacionalizar el conflicto, de acuerdo a la teoría general del reconocimiento de beligerancia, por lo que dejaba de ser un conflicto interno.

Por otra parte, en las discusiones se analizó también la conveniencia de adoptar un documento que fuera aplicable a toda situación general relacionada con el concepto conflicto armado interno, y que por tanto estuviera en conformidad con las normas de derecho internacional humanitario; pero el proyecto tuvo que ser rechazado para evitar que se llegase a aplicar en otras situaciones de violencia interna de menor intensidad como tensiones internas y disturbios interiores, rebeliones armadas, motines, etc. Por su parte, la representación de la Unión Soviética recomendó estudiar a fondo la complejidad que envolvía el concepto de conflicto armado interno y sus principales características: el artículo 3 común debía ser más ambicioso en sus consideraciones para así adaptarlo al documento como parte de los cuatro Convenios de Ginebra⁹¹.

crímenes internacionales regulados por el *derecho de gentes*. Los crímenes a los que hacemos referencia son entre otros los de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, apartheid, tortura, agresión, traslado forzoso de personas, etc. Crímenes que previamente no habían sido tipificados por el derecho interno de los Estados, originando que el derecho internacional se haya ocupado de regularlos y sancionarlos por su trascendencia y protección de bienes jurídicos esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, algunos sin importar si se cometen en tiempo de paz o de guerra. No obstante, es preciso destacar que el derecho penal internacional es el derecho internacional penal extrapolado al derecho interno, es decir, crímenes internacionales que ya están siendo regulados por el derecho estatal directamente.

⁸⁹ A principios del siglo XX se entendía por conflicto armado como aquella guerra declarada o de hecho, consultar, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Arayu, Buenos Aires, p. 85.

⁹⁰ Bond, James E., *The Rules of Riot. Internal Conflict and the Law of War*, loc. cit. supra en nota 41, p 53.

⁹¹ Pictet, Jean, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas sin carácter internacional”, en *RICR*, 11 de noviembre de 1998, en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>, fecha de consulta 27 de julio de 2013.

Así pues, ante la falta de acuerdo, se aceptó finalmente que el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 consideraría como conflictos armados internos sólo aquellos que no contenían el factor internacional, dejando así abierta la calificación de conflicto armado interno para posteriores encuentros. De esta manera, a toda la variedad de conflictos armados internos que llegaran a estallar dentro de un Estado se les podría aplicar dicho artículo, exceptuando otras situaciones ya enunciadas como las tensiones internas y disturbios interiores, y otros episodios de violencia de menor intensidad.

En este sentido, como lo señaló en su momento James E. Bond, la problemática de clasificar los conflictos armados radica en que de ninguna forma pueden ser análogos. Los conflictos se mueven en diversas direcciones y dependiendo de varios factores aumentan su intensidad, siendo la permanencia y la misma intensidad de la amenaza del uso de la fuerza entre los grupos disidentes y el gobierno establecido los más determinantes⁹².

Este planteamiento se pudo constatar efectivamente al poco tiempo de entrar en vigor los Convenios de Ginebra de 1949. Los conflictos que estallaron en la años cincuenta y sesenta como la Guerra de Corea (1950-1953), la Guerra de Vietnam (1956-1975), el conflicto del Yemen (1962-1970/1990) y las guerras de independencia en el Continente Africano de la segunda mitad del siglo XX.

No menos importantes, había que agregar la guerra civil en el Líbano (1975-1990) y las guerras civiles en Centroamérica (1970-1980), las cuales pusieron de manifiesto lo inconvenientes que resultaban aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 en situaciones caracterizadas más por el predominio del terrorismo de Estado y las dictaduras militares que de conflictos armados propiamente, por la que surgieron nuevas concepciones político-jurídicas para definir esos escenarios, partiendo de cuál sería el derecho a aplicar en cada circunstancia, si el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario partiendo de su propia evolución. En definitiva, la

⁹² Vid. Bond, James E., *The Rules of Riot. Internal Conflict and the Law of War...* loc. cit. supra en nota 41, pp. 51-52.

situación exigía la necesidad de regular dichos conflictos en el campo del derecho internacional humanitario.

En consecuencia, para agravar aún más la posibilidad de definición y clasificación de los conflictos armados, durante los años setenta, el tratamiento de los conflictos armados internos pasó a ser más delicado, debido principalmente a los movimientos de liberación nacional, que buscaban un reconocimiento internacional a su causa. De esta manera se hacía urgente lograr reformular algunas normas del derecho internacional humanitario en base a ese aspecto que demandaba especial interés.

Por consiguiente, con la finalidad de encarar los problemas que había traído consigo la falta de una definición clara y específica relacionada con los conflictos armados internos y las normas complementarias que se necesitaban para lograr una efectiva protección de las personas civiles en estas situaciones, se dio inicio a la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en los Conflictos Armados, entre 1974 y 1977⁹³, y se estudió toda la problemática que anteriormente había suscitado el interés de reformular algunas normas atinentes a los conflictos armados, en especial los internos, su definición y clasificación.

Como avance significativo, se logró incluir las guerras de liberación nacional dentro de los llamados “conflictos internacionales”, en el Protocolo Adicional I; lo que contribuyó a disminuir las dificultades para clasificar los conflictos armados⁹⁴. En el caso de estas guerras hay que destacar que generalmente se desarrollaban bajo el interés legítimo de los pueblos a su libre determinación e independencia política, como una norma

⁹³ Entre los movimientos de Liberación Nacional invitados a la Conferencia fueron: El Congreso Nacional Africano de Sudáfrica, el Frente de Liberación nacional de Mozambique, Movimiento de Liberación Nacional Popular de Angola, la Organización para Liberación de Palestina, Unión Nacional Africana de Zimbabwe, por citar algunas.

⁹⁴ Algunos Estados no estaba a favor de esta propuesta, en razón de que ello significaría atentar contra la soberanía interna de los Estados, tal fue el caso de La India, y otros con similares argumentos fueron Siria, Brasil, Pakistán y Tanzania; en su lugar proponían que se analizara con profundidad los alcances inmediatos del Protocolo I en relación a éstas luchas. Sobre la guerra de liberación nacional dentro de la tipología de los conflictos armados internacionales poco después de su aprobación véase: De Schutter, Bart, “Interstate Armed Conflict and Wars of National Liberation”, en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, 1982, pp. 839-847; Un análisis reciente de Higgins, Noelle, “The Application of International Humanitarian Law to Wars of National Liberation”, en *Journal Humanitarian Assistance*, April, 2004, ver en <http://sites.tufts.edu/jha/files/2011/04/a132.pdf>, fecha de consulta 4 de mayo de 2015.

imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), que defendía el principio por el que todos los Estados tienen derecho a defender su integridad territorial⁹⁵.

Por otro lado, en términos generales, aunque la Conferencia no abordó a fondo la conceptualización de conflictos armados internos⁹⁶, contribuyó en gran medida a abrirse camino hacia ese propósito. La razón de esta negativa se le atribuye a la primitiva retórica de que el Estado debe protegerse y resguardarse a sí mismo sin tomar en cuenta los intereses de la población civil, que no es parte del conflicto armado, así como tampoco de los heridos y enfermos⁹⁷.

Sin embargo, al entrar a las últimas décadas del siglo XX, surgieron nuevos elementos que necesariamente debían ser tomados en cuenta para afrontar una nueva definición o conceptualización de un conflicto armado interno, ello debido a la participación de terceros Estados y en ocasiones de organizaciones internacionales. Cabe destacar que la intervención soviética en Afganistán en 1979 estimuló el propósito de proporcionarle un nuevo enfoque a los conflictos armados internos.

Así pues, esta coyuntura puso de manifiesto la urgente necesidad de reflexionar sobre los criterios establecidos en el artículo 1 del Protocolo Adicional I y el Protocolo Adicional II para diferenciar un conflicto armado interno de uno internacional. Aunque, siguió dominando el concepto tradicionalmente aceptado, es decir, considerar a los conflictos armados internos como aquellos en los cuales se enfrentaba el gobierno establecido con un grupo armado insurgente, es decir, entre el Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, quedando excluidos los enfrentamientos entre tales grupos a la vez. En suma, tal como quedó configurado, el estatuto jurídico de las Partes resultó ser desproporcionado, al negarse la protección a los combatientes irregulares en las luchas internas, no así a los combatientes del Estado, que por costumbre humanitaria deberá aplicársele el estatuto de prisionero de guerra si son

⁹⁵ Vid. De Shutter, Bart; Norton John, Moore and Dinstein, Yoram, "Interstate Armed Conflict and Wars National Liberation", en *American University Law Review*, vol 31, n. 4, 1981-1982, pp. 841-853.

⁹⁶ A la misma asistieron cerca de 120 Estados, reflejando el cambio sustancial en la correlación de fuerzas a nivel internacional y en las relaciones internacionales. La Conferencia arrojó importantes avances sobre la protección de civiles y víctimas de estos conflictos. En resumidas cuentas, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977 se caracterizaron por una profunda diferencia en el tratamiento de los conflictos internacionales y los conflictos armados internos. Así, mientras que a los primeros se les otorgó a los combatientes una protección muy marcada, a los segundos tan sólo un mínimo de protección.

⁹⁷ Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos... op. cit. supra* en nota 25, pp. 52-53.

capturados, proposición ésta a la que tampoco están obligadas las autoridades de los grupos armados a menos que presenten las características de un Estado en un territorio controlado⁹⁸.

En cuanto a la distinción para el caso en el que participaba un tercer Estado, ésta quedó en el olvido, es decir, si lo internacionalizaba o bien no lo internacionalizaba. Para solucionar esta cuestión hubo que esperar hasta 1986, concretamente, la sentencia de la CIJ en relación al asunto *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua: Nicaragua v. Estados Unidos* (caso o asunto *Nicaragua*). En dicha sentencia, se señalaba que el conflicto entre “*los contras*” y el gobierno de Nicaragua era regulado por las normas que corresponden a un conflicto armado no internacional, en cambio, las acciones de Estados Unidos contra el gobierno nicaragüense se rigen por las normas relativas a un conflicto armado internacional⁹⁹. Por tanto, identificó un conflicto armado interno y un conflicto armado internacional, en el sentido de que participaba un tercer Estado en las hostilidades.

Es precisamente aquí donde el concepto de conflicto armado interno se abre camino hacia una redefinición conceptual y práctica, haciéndose más compleja la estructura de los conflictos armados. Es decir, se plantea la posibilidad de que un conflicto armado interno sufra una transformación, se internacionalice, pero sin apartarse del todo de los parámetros establecidos en el Protocolo Adicional II, todo ello para establecer otra etapa de la tipología de los conflictos armados internos, *en suma*, la determinación de un conflicto armado mixto.

Lo anterior abrió un espacio de reflexión para que se formulara un nuevo concepto de conflicto armado interno que incluya nuevos elementos suscitados tras la participación de un tercer Estado u organización internacional. Del mismo modo, que se precisaran las reglas relativas a los conflictos armados en el que quede configurado este tipo de conflicto¹⁰⁰, incluso para los conflictos internacionales que son derivados precisamente

⁹⁸ Pérez González, Manuel, “Tipos de Conflictos y Aplicación...”, *loc. cit. supra* en nota 29, p. 65.

⁹⁹ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities... *loc. cit. supra* en nota 47, p. 114.

¹⁰⁰ En general véase Bierzanek, Remigiusz, « Quelques remarques sur l’applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés aux conflits internes internationalisés », en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge / Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles*, en l’honneur de / in honour of Jean Pictet, Christophe

por la intervención de terceros Estados u organización internacional en un conflicto armado interno, los cuales por su complejidad toman la apariencia de conflictos armados internos al no producirse un enfrentamiento directo entre Estados, y por consiguiente estos conflictos se desarrollan con menor intensidad¹⁰¹.

II. La clasificación de las guerras civiles dentro de los conflictos armados internos

La evolución que están experimentando los conflictos armados internos ha implicado en los últimos años la necesidad de analizar su diferenciación con respecto a las guerras civiles. Así, tenemos que un conflicto armado es ahora un concepto más amplio de lo que meramente se entendía por guerra en las relaciones internacionales¹⁰². Esto se reflejó aún más al final de la Guerra Fría porque se desataron una gran diversidad de conflictos armados internos principalmente en el continente africano, América Central y parte de Sudamérica, siendo una de las causas principales la pobreza, y por consiguiente la marginación social y económica, es lo que se conocería como “las nuevas guerras civiles”.

Dicho de otro modo, ya no se trataba de aquellos conflictos armados que se caracterizaron por conseguir la independencia política de los primeros años de la Segunda Posguerra, sino de implementar modelos económicos más factibles o afines a sus sociedades, el capitalismo, el socialismo o bien una combinación de ambos modelos económicos. Como ejemplo de lo anterior se puede señalar la situación generalizada registrada en algunos Estados africanos como Angola, Somalia, Ruanda, Liberia, Sudán,

Swinarski (Rédacteur / Editor), Comité international de la Croix-Rouge – Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984, pp. 281-290.

¹⁰¹ Vid. Reisman, Michael y Silk, James, “Which Law Applies to the Afghan Conflict?...”, *loc. cit. supra* en nota 32, p. 465.

¹⁰² El término “guerra” ha caído en desuso por la utilización de “conflicto armado”, pero a veces es utilizado para designar conceptos que todavía persisten, como para indicar ruptura de las relaciones pacíficas, declaración de guerra; así como medios para llevar a cabo una guerra: tácticas de guerra, uso de la fuerza, etcétera. Sin embargo, también han ido desapareciendo en la medida que el derecho internacional humanitario va evolucionando, y dependiendo del enfoque que le estemos dando al término. Por ejemplo, Derecho de la Guerra por Derecho de La Haya, Derecho de Ginebra, Derecho de los Conflictos Armados, hasta llegar a la terminología de Derecho Internacional Humanitario. Vid. Mrázek, Josef, “Armed Conflicts and the Use of Force”, en *Czech Yearbook of International Law*, vol. 1, 2010, pp. 87-109 (95-98); Detter Delupis, Ingrid, *The Law of War*, Cambridge University Press, 2000, p. 19.

entre otros Estados africanos subsaharianos devastados por conflictos militares¹⁰³. Fue esta situación la que precisamente condujo a realizar diversos estudios para determinar a qué categoría podrían pertenecer estas clases de guerras.

En este sentido, algunos especialistas en asuntos africanos, como Mark Duffield, calificaron como guerras civiles a los conflictos armados internos que se suscitaron en África después de haber obtenido su independencia política de las potencias colonizadoras o mandatarias. Para dicho autor se combinaron una serie de factores como barbarismo¹⁰⁴, pobreza y subdesarrollo, la implementación de una economía de guerra y las guerras tribales interestatales¹⁰⁵.

Otros académicos como Kaplan y Samuel Huntington, calificaron los conflictos africanos como “conflictos tribales de dimensiones ilimitadas”¹⁰⁶. Por lo tanto, se podría denominar a estos conflictos como “conflictos armados internos tribales africanos” pero bajo el concepto de “guerra civil”, puesto que ésta implica una noción más estricta y concreta en términos jurídicos generales, que viene dada por la magnitud de los acontecimientos y las causas que los desencadenan.

Así lo pone de manifiesto Mangas Martín, cuando define la guerra civil como aquella que estalla al interior de un Estado consecuencia de diferencias y desigualdades existentes en su sociedad, en donde han surgido uno o varios grupos armados organizados que luchan contra las autoridades, cuyo enfrentamiento tiene una cierta duración y se caracteriza por la intensidad de la violencia¹⁰⁷. Por tanto, podríamos denotar que los conflictos desatados en África subsahariana no pueden ser catalogados como simples “conflictos armados internos”.

¹⁰³ Tourval, Saadia, “Africa’s Frontiers: Reactions to a Colonial Legacy”, en *International Affairs*, vol. 42, n. 4, 1966, pp. 641-654; Kapil, Ravi L., “On the Conflict Potential of Inherited Boundaries in Africa”, en *World Politics*, vol. 18, n. 4, 1966, pp. 656-673.

¹⁰⁴ Es importante destacar que el término de barbarismo, se refería principalmente a los odios y rencores acompañados por graves actos de violencia entre las diferentes tribus y etnias que cohabitan en un mismo o varios territorios.

¹⁰⁵ Mark, Duffield, *Global Governance and the New Wars. The emerging of Development and Security*, Londres, Zeb Books, 2001.

¹⁰⁶ Huntington, Samuel *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York: Simon and Schuster. 1996, p. 207

¹⁰⁷ Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos...loc. cit. supra* en nota 25, pp. 52-53.

No obstante, partiendo de lo anterior, las percepciones sobre estos conflictos han cambiado, pues, algunas de las características que los definían están desapareciendo paulatinamente, o bien han pasado a un segundo plano, incluyendo los odios raciales que constituía uno de sus elementos activos. Es así porque si bien siguen siendo el subdesarrollo, la pobreza y la marginación las circunstancias desencadenantes de estos conflictos, las causas intrínsecas por los que hoy estallan son principalmente la escasa participación e integración en el mercado nacional e internacional de los sectores económicos, así como el ascenso al poder de grupos políticos sin suficiente respaldo social y político.

Es posible llegar a estas consideraciones si partimos de que los regímenes políticos africanos postcoloniales carecían de apoyo popular al terminar la década de los ochenta y principios de los noventa del siglo XX. En esta época, la crisis de la economía africana había llegado a índices alarmantes debido a la caída de los precios internacionales del petróleo y otras materias primas, dejando a los grupos en el poder sin recursos para mantener el *statu quo*, de esta manera surgieron políticas represivas contra las sociedades africanas subsaharianas¹⁰⁸. Así pues, la falta de legitimidad provocó una crisis profunda en las instituciones políticas de los Estados africanos poscoloniales, amenazados por el peligro latente de conflictos civiles. Como respuesta inmediata, se emprendieron políticas de democratización y promoción al desarrollo, pero otros Estados buscaron alternativas a través de una economía de guerra, llamada así por la tolerancia de sus políticas hacia el tráfico ilegal de armas y de recursos naturales¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Toyin, Falola, and Oyebo, Adebayo O., *Hot Spot: Sub-Saharan Africa*, Greenwood Publisher Group, United States of America, 2010, p. 86; Basedau, Matthias and Jann Lay, "Conceptualizing the "Resource Curse" in Sub-Saharan Africa: Affected Areas and Transmission Channels", en *Resource Politics in Sub-Saharan Africa*, Hamburg African Studies. Matthias Basedau y Andreas Mehler (eds.), Etudes Africaines Hambourgeoises, Institut für Afrika-Kunde, Hamburg, 2005, pp. 9-24 (11); Godfrey, Martin, "Foreign Exchange Rate Policy: a Further Contribution to the Debate", en *Crisis and Recovery in Sub-Saharan Africa*, Tore Rose (edit.), OCDE, París, 1985, 191-194; Iliffe, John, *África: Historia de un Continente*, Akal, Madrid, 2013, pp. 448-454.

¹⁰⁹ Lujala, Päivi y otros, "A Diamond Curse?: Civil War and a Lootable Resource", en *Journal of Conflict Resolution*, vol. 49, 2005, pp. 538-562; Le Billon, Philippe, *Fuelling War: Natural resources and armed conflict*, Routledge for the International Institute for Strategic Studies, London, 2005; Michael Pugh & Neil Cooper with Jonathan Goodhand, *War Economies in A Regional Context: Challenges of Transformation*, International Peace Academy, United States of America, 2004; Collier, Paul, "La globalización y los más pobres. ¿Qué ha salido mal?, ¿Qué podemos hacer?", en *Comercio y Desigualdad Internacional*, Alonso, José Antonio y Garcimartín, Carlos (eds.), Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005, pp. 91-101 (98-100).

Dentro de este contexto podemos citar como caso relevante Angola, cuyo conflicto fue el más extendido y complicado de África sur-meridional, pues comenzó en 1974 y se prolongó hasta 2002. Aquí intervinieron directamente las superpotencias (Estados Unidos y la Unión Soviética) y otros Estados como Cuba. Los grupos armados como la Unión para la Independencia Total de Angola (UNITA) obtuvieron fabulosas ganancias por el comercio de diamantes y piedras preciosas. Poco después en Sierra Leona y Liberia los grupos armados rebeldes duplicaron sus ganancias por dichas actividades ilícitas, fue lo que se conoció como “las guerras por los recursos naturales”¹¹⁰.

Es así como los conflictos armados en el Continente Africano ofrecen una amplia línea de factores que rebasaron con mucho el análisis que sobre los conflictos armados internos existía en aquella época y que no coincidían con algunas consideraciones hechas tanto en el Protocolo Adicional I como en el Protocolo Adicional II. Por tanto, lo más rescatable en nuestro campo de análisis fue que en África emergieron conflictos armados internos sin dejar de considerar otros con características propias de los conflictos armados internacionales, principalmente los casos de Angola y el Congo, con importantes implicaciones para todos los Estados de la región.

Sin embargo, en cualquier caso, los conflictos armados africanos del último tercio del siglo XX, fueron esencialmente conflictos armados internos bajo el concepto de “guerras civiles”, al cumplir por lo menos con los criterios clásicos establecidos por los Convenios de Ginebra de 1949. Es decir, enfrentamientos entre una parte de la población civil constituida en grupos armados contra el gobierno establecido, o bien grupos rebeldes que no pudiendo resolver por las vías pacíficas y políticas sus demandas e intereses decidieron hacerlo por la vía militar.

De la misma manera, y rescatando la sentencia de la CIJ en relación al citado caso *Nicaragua* en 1986, es factible anotar que al tiempo de estallar conflictos africanos subsaharianos señalados, concurrieron también, y sin una clara diferenciación, conflictos armados internos y conflictos armados internacionales al mismo tiempo.

¹¹⁰Ross, Michael L., “What do we know about natural resources and civil war?”, en *Journal of Peace Research*, vol. 41, n. 3, 2004, pp. 337-356; Sachs, Jeffrey D. and Warner, Andrew M., “The curse of natural resources”, en *European Economic Review*, vol. 45, n. 4, pp. 2001, 827-838; Ruiz-Giménez, Itziar, “Conflictos armados en África y mecanismos de resolución”, en *África en el horizonte: introducción a la realidad socioeconómica del África subsahariana*, Santamaría Antonio, Echart Muñoz, Enara (Coord.), Los Libros de la Catarata, Madrid, 2006, p. 124.

De esta forma, al iniciarse la década de los noventa era sumamente complejo entender los alcances y limitaciones de los conflictos armados internos. Dicha situación se acentuó al término de la Guerra Fría con la desaparición del bloque socialista y la propia Unión Soviética entre 1989 y 1991. Esto condujo al surgimiento de diversos conflictos que se encontraban latentes pero que no habían tenido la coyuntura histórica para estallar en cualquier momento, como lo fue en Europa el conflicto yugoslavo.

El conflicto en la antigua Yugoslavia se caracterizó principalmente por los antagonismos de orden étnico, religioso-cultural y político existentes desde la creación de este Estado al término de la Primera Guerra Mundial en 1918. La exacerbación de los nacionalismos históricos a finales 1990 coincidió con el desmantelamiento del bloque soviético en Europa del Este lo que propició el desencadenamiento del conflicto. Dicho esto el conflicto comenzó como conflicto armado interno y luego se internacionalizó cuando las repúblicas iniciaron la proclamación de su independencia de forma sucesiva. Las reticencias por parte de Serbia a la secesión de las repúblicas no significó el único hecho que expandió el conflicto, sino su intervención armada iniciada tras las proclamaciones de la independencia, es decir, se dio paso a una guerra entre Estados, visto así cuando algunos Estados europeos reconocieron a los nuevos Estados surgidos.

Con la proclamación de independencia de las primeras repúblicas de Eslovenia y Croacia en junio de 1991, surgieron serios problemas para el análisis de los conflictos armados internos, así como para el derecho internacional general, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal¹¹¹. Estos cambios que repercutieron profundamente en el desarrollo de las relaciones internacionales en términos jurídicos, se fueron conociendo con el primer caso abierto ante el TPIY: el caso *Dusko Tadic*.

¹¹¹ También significó un avance para el desarrollo mismo del Derecho Internacional al resolver el Tribunal Internacional la competencia sobre su propia competencia. Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones al crear el TPIY reflejó las decisiones que debería adoptar para casos de quebrantamientos de la paz y la seguridad internacionales. Ver Cid Muñoz, María del Carmen, *La Corte Penal Internacional. Un largo Camino*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 22-28.

Dusko Tadic, un serbio-bosnio acusado de crímenes contra la humanidad y de graves infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949¹¹²(aplicables a los conflictos internacionales, a excepción del artículo 3 común aplicable a los conflictos armados internos) en la región de Prijedor y Omarska, en la ex República yugoslava de Bosnia-Herzegovina, fue arrestado en 1994 por autoridades alemanas. Es el asunto primordial para entender la redefinición de los conflictos armados internos en la Pos Guerra Fría y en la última década del siglo XX.

Partiendo de lo anterior, la cuestión sobre la existencia de un conflicto armado interno ocupó de forma inmediata la atención del recién creado TPIY¹¹³. Ello se presentó cuando la Defensa de *Dusko Tadic* cuestionó fuertemente la creación y facultad del Tribunal Internacional para juzgarle, según el cual éste no tenía competencia material para conocer los crímenes que se le atribuían, en virtud de que se trataba de un conflicto armado interno – según la defensa –, el cual había comenzado formalmente el 6 de abril de 1992, fecha posterior a la proclamación de la independencia de Bosnia-Herzegovina el 5 de marzo de 1992.

Por lo tanto, la Sala de Apelaciones se vio forzada a analizar a qué clase de conflicto pertenecía para decidir sobre el derecho aplicable. La objeción del acusado consistía en que la base de la competencia del Tribunal, es decir, los crímenes enunciados en los artículos 2, 3 y 5, se limitaban forzosamente a los conflictos internacionales; y además, agregaba en su defensa que no había tal conflicto en todo el territorio yugoslavo cuando se cometieron los crímenes motivo de la acusación. De esta manera, el caso *Dusko Tadic* se convirtió en un tema de estudio obligado tanto para la demostración de la existencia de un conflicto armado, por un lado, como el eje fundamental para sostener una acusación, y por otro lado, para determinar la tipología de los conflictos armados, con la finalidad de identificar el derecho aplicable.

¹¹² Las infracciones graves presentes en su mayoría en el Estatuto del TPIY: Artículo 50, Primer Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Artículo 51, Segundo Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Artículo 130, Tercer Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Artículo 147, Cuarto Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Artículo 85, Protocolo Adicional I, no incluido en el Estatuto, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

¹¹³ Otros aspectos importantes tratados por el Tribunal Internacional fueron las contribuciones al derecho aplicable en los conflictos armados y el derecho internacional humanitario, vid. Sánchez Sánchez, Hernando y Sánchez Sánchez, Eduardo, *Código de derecho penal internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, p. 41-48.

Por consiguiente, *prima facie*, se puede apreciar que de acuerdo a las objeciones preliminares del acusado, son la temporalidad y el espacio geográfico los aspectos en que se basan las consideraciones para determinar si los crímenes de que era objeto la acusación se perpetraron en el transcurso de un conflicto armado interno. Dado que la Sala de Primera Instancia rechazó las objeciones sobre la competencia sin prejuzgar el fondo¹¹⁴, fue la Sala de Apelaciones la que elaboró un análisis sobre la constatación de un conflicto armado interno y estableció su jurisprudencia al respecto.

En relación a ello, la Sala de Apelaciones indicó, como ya se había señalado en esta investigación, que “*el alcance temporal y geográfico de los conflictos armados internos e internacionales se extienden más allá del tiempo y lugar exactos de las hostilidades*”, esto en relación al primer Convenio (artículo 5), tercer Convenio (artículo 5) y cuarto Convenio (artículo 6) de Ginebra de 1949, y Protocolo Adicional I (artículo 3) de 1977, así como también una interpretación extensiva del artículo 3 común y artículo 2 del Protocolo Adicional II. Todo ello, en razón de que todavía no se había alcanzado la paz en la región, en lo referente a la temporalidad¹¹⁵.

Si partimos de esta observación, entonces, al iniciarse el conflicto armado internacional con la proclamación y posterior reconocimiento – como nuevos Estados - de la independencia de la República de Eslovenia, seguido de la Croacia y luego de la de Bosnia Herzegovina, las normas relativas a los conflictos armados internacionales eran de obligatorio cumplimiento hasta el cese real de las operaciones militares y hasta que las personas protegidas retenidas en poder del enemigo obtengan su libertad de manera definitiva. Lo mismo podríamos afirmar de las normas aplicables a los conflictos clasificados como internos que tuvieron esa caracterización en la región: cabe destacar la guerra interna entre el ejército bosnio y las fuerzas opositoras serbias en Bosnia-Herzegovina, así como entre las autoridades croatas y el ejército serbio en territorio croata, a menos que pudiera ser comprobada la intervención indirecta de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

¹¹⁴*Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 59.

¹¹⁵*Ibidem*, par. 67 y ss.

Por tanto, es la temporalidad un factor indispensable para identificar cualquier conflicto armado interno. En ese orden de ideas, en un primer acercamiento el TPIY aportó avances significativos para la redefinición de los conflictos armados internos, sin embargo, lo que aún es parte de la discusión es determinar si en el transcurso de dicho tiempo prolongado existía un conflicto armado interno o un conflicto internacional, o bien a qué tipo de conflicto pertenecía dadas las particularidades de las guerras yugoslavas. Pues en el fondo de la cuestión, los Convenios no prevén la categoría de un conflicto armado mixto.

Según los argumentos de la Sala de Apelaciones, - como así dejó entrever la CIJ en el referido caso *Nicaragua* - un conflicto armado puede a la vez considerarse tanto interno como internacional, como de hecho ocurrido en la antigua Yugoslavia, argumentó¹¹⁶. Con esa afirmación agregó una nueva categoría en la clasificación no prevista o al menos poco conocida en los tratados internacionales: conflicto armado mixto. Pero esta decisión no resolvió la cuestión del inicio de cada conflicto armado surgido en la antigua Yugoslavia, de modo que serían las dos Salas de Primera Instancia las que se ocuparon de la cuestión tempranamente y con opiniones divergentes.

El primero de los casos, el referente a *Dusko Tadic*, la Sala que tuvo la ocasión de conocerlo debió analizar por separado si la naturaleza del conflicto surgido en Bosnia-Herzegovina fue cambiando tras la retirada del ejército de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) el 19 de mayo de 1992, es decir, verificar si hubo un conflicto armado internacional entre las fuerzas del Estado bosnio y los grupos armados insurgentes al incluir entre sus filas serbios bosnios pertenecientes al ejército yugoslavo, *en suma*, determinar si estos últimos dejaron de ser agentes de la República Federal de Yugoslavia o si por el contrario continuaron actuando bajo sus órdenes y mandatos. En conclusión, encontró pese a reiterados razonamientos que probaban el apoyo, control y presencia inclusive de la República Federal de Yugoslavia dentro del VRS (Ejército de la República Srpska) Fuerzas Armadas en Bosnia-Herzegovina, que no se pudo demostrar el control efectivo ejercido por dicha República Federal frente al VRS, como sentenció el fallo de la CIJ en el caso *Nicaragua* de 1986, por tanto, calificó el conflicto armado como “interno”¹¹⁷. Sin embargo, la otra Sala en el caso *Zejnir Delalic* dictaminó

¹¹⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 77.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 87, p. 217, par. 607.

lo contrario, encontró que el conflicto continuó siendo internacional a lo largo de todo el año comenzando desde abril de 1992, ello en concordancia con el voto disidente de la juez McDonald en el caso anterior de *Dusko Tadic*¹¹⁸.

Respecto al voto disidente de la juez McDonald, contrario a la mayoría de la Sala, sí hubo un control efectivo de las fuerzas VRS por la República Federal de Yugoslavia, en tanto que, aun después de su retirada el 19 de mayo de 1992, siguió bajo sus órdenes y mandatos; pero que en todo caso, no es posible recurrir al fallo de la CIJ del caso *Nicaragua contra Estados Unidos*, en razón de que lo que se estaba tratando consistía esencialmente en la responsabilidad del Estado, y no en la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones del derecho internacional humanitario.

Hubo entonces que esperar de la misma manera la decisión de la Sala de Apelaciones, en la cual, el 15 de julio de 1999, encontró que después del 19 de mayo de 1992, las fuerzas armadas VSR de la República Srpska (Bosnia-Herzegovina) actuaron bajo el control efectivo de la República Federal de Yugoslavia, en los combates contra las fuerzas de Bosnia-Herzegovina. Por tanto, consideró el conflicto como internacional¹¹⁹.

En definitiva, se puede destacar que el conflicto en los Balcanes mostraba elementos tanto internos como internacionales desde sus inicios en junio de 1991¹²⁰. Sin embargo, una interpretación tan estricta de este razonamiento pretende ignorar la naturaleza de cada conflicto, a los fines de investigar cuáles crímenes se perpetraron en cada categoría de conflicto armado, aunque finalmente el proceso llevado a cabo contra *Dusko Tadic* se caracterizó por determinar su culpabilidad por casi la totalidad de las normas violadas según el Estatuto del TPIY y la acusación del Fiscal. Precisamente, y con carácter general, la Sala de Apelaciones en su dictamen refleja el interés de acomodar los crímenes presuntamente cometidos por el acusado *Dusko Tadic* a ambas categorías de conflictos armados, y en ocasiones apuntó que la acción penal ejercida ya no dependía

¹¹⁸ *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21-T), Trial Chamber, Judgement 16 November 1998, pp. 87-88, pars. 233-234.

¹¹⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, Judgement 15 July 1999, par. 162, p. 72.

¹²⁰ *Ibidem*, pars. 71-77; Scharf P., Michael y Epps, Valerie “¿The international Trial of the century? A Cross-fire Exchange on the First Case before the Yugoslavia War Crimes Tribunal”, en *Cornell International Law Journal*, vol, 24, 1996, pp. 634-660.

de la naturaleza del conflicto, por lo menos en cuanto a las normas humanitarias mínimas del artículo 3 común¹²¹.

Así, como puntualiza Prieto Sanjuán, la existencia de un conflicto armado interno o un conflicto armado internacional se incluía como una problemática más que justificaba el establecimiento del TPIY, pues su carácter iba más allá de la conceptualización, ya que lo que se pretendía de forma urgente era detener la ola masiva de violaciones sistemáticas al derecho internacional humanitario así como la impunidad de estos actos ilícitos ocurridos en territorio yugoslavo¹²².

De hecho, asegura el autor, el Consejo de Seguridad de la ONU tampoco consideró al momento de establecer el TPIY hacer un análisis profundo sobre si se trataba de un conflicto armado interno o internacional o la combinación entre ellos, o bien un conflicto armado interno que se encontraba próximo a uno internacional, o un conflicto interno internacionalizado por la intervención de las potencias.

Como se puede observar, la temporalidad, el espacio físico-geográfico y las decisiones políticas de las grandes potencias, si bien son importantes, no son factores determinantes y exclusivos para identificar un conflicto armado interno al menos en lo que se refiere al conflicto yugoslavo. En los Balcanes, diversos escenarios se conjugaron y rebasaron con mucho los elementos a tomar en cuenta para lograr una clasificación justa de un conflicto armado, ello de acuerdo al estándar definido en los tratados internacionales, la costumbre internacional y la jurisprudencia, que lo clasificara interno o internacional, partiendo de lo ocurrido entre el 27 de junio de 1991 y el 19 de mayo de 1992, es decir, la fecha de inicio de la desintegración de la antigua Yugoslavia y la fecha de la retirada del ejército serbio de Bosnia-Herzegovina, lugar donde ocurrieron los hechos imputados al acusado *Dusko Tadic*.

Hay que recordar en este momento de la investigación que la guerra de Bosnia-Herzegovina terminó, según los acuerdos de Dayton, oficialmente el 14 de diciembre de 1995; por tanto, si bien ya se ha esbozado lo analizado por el TPIY para el caso *Dusko*

¹²¹ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 103 y ss.

¹²² Prieto San Juan, Rafael, *Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Biblioteca Jurídica Diké, Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 70-74.

Tadic, en nuestra opinión se abrió un espacio de análisis decisivo para encontrar nuevas formas en la redefinición de un conflicto armado interno de acuerdo a esta jurisprudencia, las cuales desarrollaremos más adelante.

Para el Tribunal, las dimensiones que está teniendo el derecho internacional humanitario en el plano global han desbordado los límites entre un conflicto armado interno y un conflicto armado internacional. Así, en términos generales, las normas de derecho internacional humanitario que se aplican en los conflictos armados internacionales están siendo vinculadas cada vez más a los conflictos armados internos.

III. La intervención armada extranjera y el conflicto armado interno: el conflicto armado interno internacionalizado

Ante la dinámica seguida para redefinir los conflictos armados internos, luego del conflicto armado en la antigua Yugoslavia, se ha puesto de manifiesto la necesidad de estudiar en adelante otra variación de estos conflictos: los conflictos armados internos internacionalizados. Dicho concepto lleva consigo una situación muy particular, señala conflictos armados internos que se transforman en internacionales o bien quedan dentro de una posible calificación mixta¹²³.

La forma en que un conflicto armado interno alcanza su dimensión internacional es muy característica, así, durante su desarrollo se van dando diferentes factores que lo separan cada vez más de uno interno. Estos factores son, según Frank Pfetsch y Christoph Rohloff: la intensificación del conflicto, que se da por la importación de armas extranjeras; una de las partes está política y diplomáticamente apoyada por una potencia extranjera; la cuestión del conflicto es motivo de controversia con otros Estados, y, una o más potencias extranjeras intervienen en la acción militar, que puede ser un Estado vecino, una potencia regional o una de mayor reconocimiento internacional¹²⁴.

¹²³ De 1946 a 2004, un número determinado de conflictos armados internos se internacionalizaron por la intervención de tres tipos de actores: intervenciones de las Grandes Potencias y sus aliados para obtener puntos estratégicos; intervenciones por Estados limítrofes o colindantes, y las mismas Grandes Potencias, pero con la finalidad de mantener su hegemonía neocolonialista y usar la guerra contra el terrorismo global. Véase Harbom, Lotta y Wallensteen, Peter, “Armed Conflict and Its International Dimensions, 1946-2004”, en *Journal of Peace Research*, vol. 42, n. 5, 2005, pp. 623-635.

¹²⁴ Pfetsch, Frank R., y Rohloff, Christoph, *National and International Conflicts, 1945-1995: New empirical and theoretical approaches*, Routledge Advances in International Relations and Politics, Routledge Taylor and Francis Group, Great Britain, 2000, p. 28.

Podemos distinguir entonces dos tipos de intervenciones en los conflictos armados internos: en primer lugar, la intervención armada directa, la cual es aquella que se da cuando un tercer Estado interviene con sus propias fuerzas armadas en otro Estado en apoyo de un determinado grupo armado organizado o al Estado frente al grupo¹²⁵. En segundo lugar, está la intervención armada indirecta, llamada así porque el tercer Estado sólo brinda apoyo material y logístico a un determinado grupo armado organizado o al Estado que combate contra los insurgentes¹²⁶. Podemos también anotar otros tipos de intervenciones en conflictos armados internos, las autorizadas por la ONU u organismos regionales¹²⁷.

Partiendo de dichas premisas se puede señalar que el concepto de conflictos armados internacionalizados se ejemplifica retomando el caso yugoslavo, esta vez, con los enfrentamientos armados entre la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y Serbia. Concretamente, el ejemplo se materializa con la intervención, cuando los ejércitos de la Alianza Atlántica atacaron a Serbia para defender al Ejército de Liberación de Kosovo, en Kosovo (1999).

Otra muestra de la internacionalización de un conflicto armado interno lo constituye la intervención de varios Estados africanos como Ruanda, Zimbawe, Angola, entre otros, para respaldar a ciertos grupos armados durante el conflicto armado interno desarrollado en la República Democrática del Congo (RDC) (1998-?). Más recientemente se pueden citar el conflicto armado de corta duración en agosto de 2008, entre Georgia y su región separatista de Osetia del Sur, en el que intervino militarmente Rusia en apoyo de esta última; el apoyo logístico, material y militar dado a los rebeldes libios contra el

¹²⁵ Por ejemplo, la intervención de Estados Unidos en la República Dominicana en el 1965 en apoyo del Gobierno Golpista (El Triunvirato).

¹²⁶ Podemos citar por ejemplo la Guerra Civil Española (1936-1939), donde varios Estados intervienen en apoyo de una de las dos partes en conflicto.

¹²⁷ Por causas humanitarias, la ONU ha autorizado intervenciones armadas, podemos citar los casos de Libia (1990 y 2003), Somalia (1992), Haití y Ruanda (1994) y otras. Sobre intervención humanitaria de la ONU, véase Welsh, Jennifer M., *Humanitarian intervention and international relations*, Oxford University Press, The United States, 2006; Ruiz- Giménez Arrieta, Itziar, *La Historia de la intervención humanitaria. El imperialismo altruista*, Catarata, Madrid, 2005; Orford, Anne, *Reading Humanitarian Intervention. Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003; Murphy, Sean D., *Humanitarian intervention: the United Nations in an evolving order*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania, 1996; Fielding, Lois E., "Taking the next step in the development of new human rights: the emerging right of humanitarian assistance to restore democracy", en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 5, 1994-1995, pp. 329-378; Roberts, Adam, "Humanitarian war: military intervention and human rights", en *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)-*, vol. 69, n. 3, 1993, pp. 429-449.

gobierno de Muamar el Gadafi, llevado a cabo con la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU en su resolución de 17 de marzo de 2011, que impone una zona de exclusión aérea y autoriza tomar todas las medidas necesarias para proteger a las personas civiles y la población civil de las zonas pobladas¹²⁸; asimismo, la autorización por el Consejo de Seguridad de la ONU en diciembre de 2012 de una fuerza militar internacional en Mali con liderazgo africano, para que, entre otras cuestiones, apoye a las autoridades malienses a recuperar las zonas del norte del territorio controlada por agrupaciones terroristas, grupos armados y extremistas, y a proteger a la población civil¹²⁹.

En tiempos más remotos, en la época de la Guerra Fría se puede citar nuevamente la intervención de Estados Unidos en la Guerra Civil Nicaragüense apoyando a *los contras*, contra el régimen socialista establecido en los años ochenta. En este período los conflictos internos internacionalizados proliferaron con mayor fuerza teniendo como protagonistas a las dos superpotencias que intervinieron en importantes conflictos armados internos como la Guerra de Corea (1950-1953) y la Guerra de Vietnam (1956-1975). Se puede citar también la intervención soviética en Afganistán (1979) durante la Guerra Fría. En todos estos conflictos se encuentra el elemento principal de un conflicto armado internacionalizado: la intervención de uno o varios Estados extranjeros apoyando a una facción rebelde que lucha contra el gobierno establecido, o apoyando al Estado mismo. Dichos conflictos, por tanto, se consideran conflictos armados internos de la bipolaridad.

En la Posguerra Fría, y concretamente en el actual contexto de globalización, la constante interacción económica, financiera y comercial de los Estados, así como el creciente interés por el dominio de los recursos naturales y estratégicos del mundo por parte de las potencias occidentales como Estados Unidos, Francia y Reino Unido han conducido a un mayor intervencionismo en las crisis internas nacionales, teniendo como resultado que los conflictos armados internos se encuentren en mayor escala y complejidad que los conflictos internacionales.

¹²⁸ Véase Resolución S/RES/1973 (2011), del 17 de marzo.

¹²⁹ Véase Resolución S/RES/2085 (2012), del 20 de diciembre.

Así, lo que caracteriza a los conflictos armados internos internacionalizados es la variedad e intensidad del intervencionismo extranjero. Desde la óptica del derecho internacional humanitario, la problemática principal se encuentra en que los conflictos armados internos internacionalizados carecen de una normativa específica que los regule. Por tanto, habría que desentrañar el inicio de cada conflicto o simplemente ubicarlo en cualquiera de las dos clasificaciones de los conflictos armados, para así determinar cuál es la norma aplicable.

En ese sentido, es preciso señalar que con anterioridad a los Convenios de Ginebra de 1949, los conflictos armados internos internacionalizados entraron en una etapa de posible caracterización, sobre todo por las dimensiones que habían presentado la Guerra Civil Española (1936-1939) y La Guerra Civil Griega (1941-1959) como conflictos armados internos internacionalizados¹³⁰ en el contexto inmediato y posterior a la Segunda Guerra Mundial respectivamente. Sin embargo, pese a llegar a tener una influencia decisiva para regular ciertos factores de los conflictos armados internos internacionalizados, nada se concretó al respecto. Pues se tenía el temor de violentar la soberanía del Estado y otorgarles derechos a los insurgentes, como la inmunidad penal por el simple hecho de participar en la guerra, o el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra.

En esa misma línea, observamos que el artículo 3 común no contenía disposiciones detalladas sobre el derecho aplicable para esos casos, aunque más adelante, como hemos subrayado, de acuerdo a las últimas prácticas doctrinales y jurisprudenciales tanto de la CIJ (caso *Nicaragua*) y del TPIY (caso *Dusko Tadic*), se entendió que el artículo en cuestión se aplica indistintamente sin importar la naturaleza del conflicto, debido a que se consideran normas mínimas de humanidad, pero ello poco resuelve la cuestión, porque los componentes internacionales que tuvieron esos conflictos de ninguna forma debieron ser ignorados. En esa misma línea, se adoptaron en 1977 los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra (Protocolo Adicional I y Protocolo Adicional II), que siguieron con la tipificación tradicional de conflictos armados internacionales y no internacionales, salvo lo referente a las guerras de liberación colonial y/o lucha contra regímenes racistas y opresores, de acuerdo al artículo 1 (4) del Protocolo

¹³⁰Boustany, Katia, “La qualification des conflits en droit international public et le maintien de la paix”, en *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 6, n. 1, 1989-1990, pp. 38-58 (40).

Adicional I de 1977. La inclusión de esta categoría de conflictos dentro del ámbito de aplicación de las reglas referentes a los conflictos armados internacionales, reflejó que existía la posibilidad de que las partes involucradas en un conflicto armado internacional dejarán de ser exclusivamente Estados.

De la misma forma, dentro de los llamados conflictos armados internos internacionalizados, una vez que adquieren esa categoría, el grupo armado organizado que inicia una guerra dentro de un Estado, contra su gobierno u otro grupo armado organizado, apoyado por un tercer Estado en las hostilidades, podría considerarse parte del conflicto armado ya internacional. En consecuencia, en el marco de este escenario, no sólo los Estados deben considerarse los únicos que participan en los denominados conflictos armados internacionales, sino también esos grupos dentro de los conflictos armados internacionalizados, consiguiendo que las normas de derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales les sean oponibles.

Este entorno trajo muchas interrogantes antes y después de la adopción del Protocolo Adicional II de 1977. Sin embargo, la situación sobre el derecho aplicable en los conflictos armados internos internacionalizados respecto a este postulado, quedó en un limbo jurídico, debido a que, como hemos enunciado, las normas del derecho internacional humanitario siguieron con la tradicional clasificación de los conflictos armados, esto es, conflictos armados internos e internacionales, sin término medio. Pues, como ya se ha señalado, todavía predominaban los principios sobre las consideraciones de soberanía y evitar otorgarles derechos a los grupos insurrectos.

Se ha propuesto entonces varias soluciones en estas circunstancias. La primera se circunscribe dentro del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, que se aplicarán al Estado y los insurgentes; la segunda, que si la intervención extranjera se hace en apoyo de cualquiera de los contendientes (Estado e insurgentes), sea calificado el conflicto internacional a los fines de aplicar las reglas previstas a los conflictos internacionales. Pero, si por el contrario, la intervención se ha hecho con el consentimiento tanto del Estado como de los insurgentes para ayudar a superar la rebelión, no se tiene claro qué derecho aplicar, en ese sentido, hay una tendencia creciente a que se apliquen las reglas

del derecho aplicable en los conflictos armados internos, a pesar del carácter internacional que representa, como lo señala Peter Gasser¹³¹.

1. La intervención armada extranjera directa y el conflicto armado interno

En cuanto a la intervención armada extranjera habitual, es decir, aquélla que en la que un tercer Estado decide usar la fuerza para apoyar a una de las partes del conflicto, o para generar un interés suyo obtenido de la propia intervención, podemos ejemplificarla con el conflicto yugoslavo, precisamente en cuanto a la guerra entre Bosnia-Herzegovina, Croacia y Serbia y Montenegro.

En particular, podemos señalar que en la guerra de Bosnia-Herzegovina, entre julio de 1991 y 19 de mayo de 1992 se demostró que existieron efectivos del ejército regular croata luchando contra los soldados de Bosnia-Herzegovina. Esa situación coadyuvó en la drástica disminución de efectivos serbo-bosnios pertenecientes al ejército de Bosnia-Herzegovina en los primeros meses de 1992, dejándola prácticamente sin defensa.

Este factor de internacionalización de un conflicto armado fue posteriormente analizado por la Sala de Primera Instancia en los casos *Tihomir Blaskic*, *Dario Kordic* y *Mario Cerkez*, en donde la intervención indirecta de Croacia en apoyo de los croatas de Bosnia-Herzegovina contra los musulmanes bosnios de ese Estado, internacionalizó el conflicto¹³²; sin embargo, se dejaron algunas cuestiones pendientes nuevas que salieron a relucir, como el grado de intervención armada directa necesaria en un conflicto armado. En el caso *Naletilic*, particularmente, se señaló que no se necesitaba demostrar que las tropas croatas estuvieran presentes en todos los puntos del conflicto para así determinar la internacionalización de éste¹³³.

Así se puso de manifiesto en el caso *Rajic*, donde la Sala de Primera Instancia analizó

¹³¹ Gasser, Hans Peter, "International Non International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon", en Miller, David M.; Bothe, Michael and Gasser, Hans Peter, "Non International Armed Conflicts", en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, 1982, pp. 897-935 (913).

¹³² *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 61, pp. 28 y 34, pars.75-76 y 94-95; *Prosecutor v. Dario Kordic y Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, Judgement, 26 February 2001, pp. 30-31, pars. 108-109.

¹³³ *Prosecutor v. Mladen Naletilic* (IT-98-34-T), Trial Chamber, Judgement 31 March 2003, p. 32, par. 94.

dicha cuestión con mayor profundidad al considerar que se habían dejado espacios de intervencionismo militar en un conflicto armado donde había indefinición, en el sentido de cómo considerar el grado de participación de una fuerza extranjera en una guerra con otro Estado, pues la problemática había sido omitida en el caso *Dusko Tadic* en la apelación interlocutoria de 2 de octubre de 1995. Sobre esta premisa, se determinó que un factor de internacionalización podría ser si el elemento intervención permanece de manera significativa en un conflicto armado, como ocurrió con el apoyo de las Fuerzas Armadas de Croacia, de entre 5000 y 7000 miembros, a las fuerzas croatas de Bosnia-Herzegovina, en contra del gobierno de ese Estado; todo según las pruebas presentadas por la fiscalía y admitidas por Croacia en 1994¹³⁴.

La problemática, por tanto, nos lleva a considerar que la intervención militar directa, si bien es cierto podría internacionalizar un conflicto armado interno, deriva en otra complejidad aun mayor, el hecho de no contar con una normativa jurídica alterna capaz de poder caracterizarla de acuerdo al grado de participación de las fuerzas extranjeras, y distinguir categóricamente los conflictos armados internacionalizados de los conflictos armados internos e internacionales.

Esta falta de criterios pone en evidencia la revisión del concepto de intervenciones militares donde se incluya un análisis tanto de aquellas intervenciones cuyas identidades están identificadas, como las que participan de manera informal, activa y continua en el desarrollo del conflicto. Naturalmente, siempre que indique la utilización del uso de la fuerza entre dos Estados para efectos de los Convenios de Ginebra de 1949.

En este sentido, es importante resaltar que el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 tampoco hace referencia al concepto de intervención de fuerza armada extranjera, y sólo se refiere al término guerra de forma generalizada, sea reconocida o no; así como lo referente a la ocupación de un territorio por uno de los Estados beligerantes. Por tanto, las normas jurídicas nos indican que es indispensable definir cada concepto en la aplicación de determinadas situaciones, pues hay implicaciones diversas entre lo que es una intervención militar extranjera parcial o total.

¹³⁴ *Prosecutor v. Ivica Rajic* (IT-95-12- R 61), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 September 1996, pars. 13-16.

Por consiguiente, cuando ocurre una intervención armada extranjera, podría ser que se internacionalice totalmente un conflicto, así como que exista un conflicto armado interno y a la vez internacional, o bien que influya su grado de intensidad. De aquí que la lógica para determinar la existencia o clasificación de un conflicto armado interno internacionalizado no depende exclusivamente de una intervención militar directa. En ese sentido, se confirma que se carece de una norma jurídica especializada y determinante para poder redefinir los conflictos armados internos internacionalizados.

Lo sucedido en las guerras africanas en la última década del siglo XX y principios del XXI, sobre todo en Ruanda, demostró la dificultad que existe para llegar a internacionalizar un conflicto armado interno, pese a las intervenciones armadas por parte de las fuerzas armadas de Uganda, así como de otros Estados limítrofes situados en la región de los Grandes Lagos. Lo mismo podría decirse de otros conflictos africanos estancados: Nigeria (2003-?) y Sudán-Darfur (2003-?).

De cualquier manera, es cuestionable cómo la jurisprudencia internacional en materia de derecho internacional sobre la caracterización de conflictos internacionales está presentando tantas ambigüedades en sus decisiones. Así, mientras los conflictos señalados anteriormente, y en especial el de Ruanda, donde participaron fuerzas armadas extranjeras que combatieron al frente de un batallón, quedaron sin ser clasificados como internacionales pese a la intervención de esas fuerzas sobre el terreno, otros casos, en cambio, bajo el paraguas de injerencia extranjera tanto intelectual como operacional de otro Estado en un conflicto, son suficientes para internacionalizar un conflicto, como el caso *Nicaragua* según la CIJ¹³⁵.

2. La intervención extranjera colectiva de las fuerzas multinacionales y el conflicto armado interno

La definición de un conflicto armado interno internacionalizado – que para este caso el CICR llama conflicto armado interno multinacional¹³⁶ - ha sido puesta también en

¹³⁵ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities... *loc. cit. supra* en nota 47, p. 114, par. 219.

¹³⁶ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos”, del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011, Ginebra, Suiza, p. 11, ver en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/ed-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014.

análisis por la intervención armada extranjera colectiva llevada a cabo por fuerzas multinacionales que participan en un conflicto armado interno, para restablecer y mantener la paz, autorizadas por la ONU u organismos regionales con o sin el consentimiento del Estado. Según la regla general, las fuerzas multinacionales deben ser imparciales e independientes y ajenas a las hostilidades, concentrándose sólo en observar y ayudar en la asistencia humanitaria, y usar la fuerza en casos exclusivos de legítima defensa, como ocurre con las Misiones u Operaciones para el mantenimiento de la Paz.

Además, otro aspecto a subrayar es que existe duda razonable sobre la capacidad de la ONU para ser parte en un conflicto armado, en vista de que la Carta lo omite, y las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 tampoco prevén esa posibilidad, pese a ser sujeto de derecho internacional según el derecho internacional consuetudinario. En esa misma línea, se proclama que de acuerdo a los objetivos y principios de la ONU y sus normas generales, la imposibilitan ser parte en un conflicto armado porque sus poderes son otorgados por la comunidad internacional de donde emana su legitimidad para actuar¹³⁷.

El derecho internacional consuetudinario, por su parte, ha quedado lejos de obtener respuesta a este enigma, pero una reinterpretación de algunas cuestiones prácticas cercanas a la ONU podría resolver esta inacción normativa manifiesta del derecho positivo. Es decir, una interpretación teleológica del Capítulo VII de la Carta podría incluir dentro del campo de aplicación del derecho internacional humanitario a la ONU y subsanar esta controversia tan importante.

Uno de los principios y propósitos principales de la ONU es mantener la paz y la seguridad internacionales, y en base a esa prerrogativa, la Organización está autorizada a usar los medios necesarios para conseguirlo. En este sentido, si bien es cierto que la ONU se encuentra sujeta a la voluntad de sus miembros, también lo es que el propio artículo 43 de la Carta permite la posibilidad de que la ONU se convierta en Parte en un conflicto armado cuando sus Miembros ponen a disposición del Consejo de Seguridad

¹³⁷ *Consigli, José Alejandro*, "Algunos aspectos de la relación entre las operaciones de paz de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario", en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, en Gabriel Pablo Valladares, Lexis Nexis Abeledo Perrot (comp.), Lecciones y Ensayos, n. 78, Buenos Aires, 2003, pp. 185- 200.

sus fuerzas armadas, ayudas y facilidades para que pueda ejecutar sus acciones con el objetivo de restablecer el orden internacional. Bajo este paradigma nacen las Fuerzas Multinacionales de la ONU.

De acuerdo a ello, hay autores como Silvain Vité que opina que las fuerzas multinacionales de la ONU (a lo que habría que añadir las Misiones u Operaciones para el Mantenimiento de la Paz establecidas bajo el Capítulo VII, o que reciben mandatos bajo el mismo Capítulo)¹³⁸ pueden considerarse Partes en el conflicto por dos razones: primero, si proveen su apoyo a una de las Partes en el conflicto, como lo hizo la Misión de las Naciones Unidas en la RDC (MONUC) con el gobierno establecido, ello según el informe del Secretario General de la ONU S/2008/728, de 21 de noviembre¹³⁹; y segundo, si estas tropas internacionales se desplazan sin la autorización de brindar apoyo a una de las Partes¹⁴⁰. Queda por enterado entonces que el autor quiso expresar con cierto grado de aceptación su convencimiento de que la participación de estas fuerzas en un conflicto armado interno podría internacionalizarlo.

Para confirmar lo enunciado en el párrafo precedente, para el primer caso, el autor propone la aplicación de las normas que rigen los conflictos armados internacionales, debido a que las operaciones son sostenidas, definidas y llevadas a cabo por

¹³⁸Es evidente que las Misiones u Operaciones para el Mantenimiento de la Paz, cuando por medio al Capítulo VII de la Carta de la ONU reciben el mandato de usar la fuerza y utilizar todos medios necesarios para alcanzar sus objetivos, su naturaleza jurídica cambia, y se convierten entonces en una especie de fuerzas multinacionales, que le otorga otra calidad distinta a la de simple parte neutral en un conflicto, es decir, generalmente es para restablecer la paz y seguridad internacionales en apoyo del gobierno establecido constitucionalmente, o reconocido. Es el caso de la misma MONUC establecida por la Resolución 1279 (1999), de 30 de noviembre; sin embargo, con la Resolución 1756 (2007), de 15 de mayo, recibe ampliación de su mandato bajo el Capítulo VII, ordenándole usar todos los medios necesarios (el uso de la fuerza) para llevarlo a cabo.

¹³⁹ Informe del Secretario General S/2008/728, de 21 de noviembre, párrafos 7, 13, 23, 25. El mandato del uso de la fuerza de la MONUC quedó fijado en la Resolución 1756 (2007), de 15 de mayo, en la que el Consejo de Seguridad le ordenaba usar todos los medios que sean necesarios para llevar a cabo sus tareas asignadas, como desarmar a los grupos armados locales y extranjeros, descomponer su capacidad militar y en general apoyar las operaciones de las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC). Con anterioridad a este tipo de operación, el Consejo de Seguridad también puso en práctica la misma técnica en el conflicto armado en Somalia a principios de los noventa; con la Resolución 751 (1992) de 24 de Abril, el Consejo, bajo su autoridad y calificando la situación como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, estableció una Operación de las Naciones Unidas en Somalia (ONUSOM I), la cual fue establecida sin el consentimiento de las partes; con la Resolución 814 (1993) de 26 de Marzo, el mandato de la ONUSOM I fue sustituido por ONUSOM II, que si bien no autoriza usar todos los medios necesarios para cumplir su mandato, ello se deduce del apartado 14 que proclama: tener la responsabilidad de la consolidación, ampliación y mantenimiento de la seguridad en toda la región, lo que supone implícitamente usar todos los medios necesarios como se indicó en la MONUC.

¹⁴⁰Vité, Silvain, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: legal concepts and actual situations", en *IRRC*, vol. 91, n. 873, 2009, pp. 69-94 (87-88).

organizaciones internacionales, que son sujetos de derecho internacional y constituidas por Estados¹⁴¹. Esta propuesta por lo general ha estado en el análisis doctrinal, aunque descarta lo político, debido a que podría traer confrontaciones que comprometan seriamente el papel que debe jugar el Organismo en lo concerniente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y en cuanto a que puede ver disminuir sus facultades y socavar los objetivos de la ONU.

No obstante, ponemos como ejemplo las reacciones que suscitaron el despliegue de un contingente la ONU en apoyo al gobierno del Congo¹⁴² después del conflicto armado surgido tras su independencia en 1960, en lo tocante a si éste internacionalizaba o no el conflicto, la respuesta fue negativa debido al estatuto jurídico de los insurgentes. Lo anterior se consideró como símbolo de desigualdad de derechos, pues hasta que los insurgentes sean reconocidos como beligerantes sí pueden los demás Estados ofrecerles su ayuda sin que se les considere intervencionistas, y el conflicto sigue siendo interno. En cambio, si los insurgentes son considerados beligerantes, y éstos reciben apoyo de terceros Estados – dependiendo evidentemente de si dicho apoyo se demuestra tomando en cuenta el grado de control general sobre el grupo insurgente como se analizará detalladamente en el caso yugoslavo -, entonces se considera intervención extranjera y la correspondiente internacionalización del conflicto armado. Tom Farer fue crítico de este comportamiento positivista y excesivo de la política internacional, denominándolo como un rasgo distintivo de la época europea de dominación colonial caracterizada por la cohesión de las entidades nacionales y la centralización efectiva de la autoridad política¹⁴³.

Regresando a la tesis tratada por Silvain Vité, para el segundo caso, es decir, si las tropas extranjeras se desplazan sin brindar apoyo a ningún grupo en concreto, el analista propone la aplicación de las reglas que determinan la existencia de un conflicto armado interno a los soldados, si su nivel de participación alcanza un grado necesario de intensidad¹⁴⁴. A nuestro modo de ver esta propuesta es muy acertada y razonada, debido

¹⁴¹ *Ídem*, p 87.

¹⁴² El Consejo de Seguridad autorizó el despliegue de fuerzas militares en apoyo del gobierno, sobre todo en Leopoldville, a los fines de que contribuya al restablecimiento de la ley y el orden. Véase resoluciones del Consejo de Seguridad 143 (1960) de 14 de julio y 145 (1960) de 22 de julio.

¹⁴³ Farer, Tom, "Humanitarian Law and Armed Conflicts: Toward the Definition of "International Armed Conflict, en *Columbia Law Review*, vol. 71, n. 1, 1971, pp. 37-72 (56).

¹⁴⁴ *Ídem*, p. 87.

a que, como ya se ha indicado, el artículo 3 común contiene normas mínimas aplicables a toda situación de conflicto armado interno, que deben ser observadas sin importar el estatuto jurídico de las Partes, así sean neutrales o combatientes imparciales, pues el estudio de la jurisprudencia del TPIY demostrará que la intervención armada directa no supone *a priori* la internacionalización del conflicto armado interno, por lo que habría que considerar otros factores importantes como la participación activa y continua de estas fuerzas multinacionales que representan a una organización internacional y subsidiariamente a los Estados.

Ahora bien, independientemente de otras propuestas adversas a éstas, es evidente que la tesis de Silvain Vité se considera vanguardista, racional y objetiva; por un lado, si las fuerzas multinacionales para el restablecimiento de la paz participan en apoyo de una de las Partes, evidentemente están asumiendo el rol de Parte combatiente, y en ese sentido, la Parte adversaria la definirá como lo que son, fuerzas armadas enemigas extranjeras formadas y dirigidas por Estados y actuando en representación de una organización internacional. Por tanto, el análisis rebasa por mucho la tesis de que se internacionaliza el conflicto.

En cambio, para el segundo caso, si la fuerza multinacional se mantiene independiente, es decir, imparcial, pero con la misión de ayudar a restablecer la paz, deja de ser un adversario común. Inclusive, cuando la ONU decide autorizar una fuerza multinacional empleando la expresión “*utilizar todos los medios necesarios para alcanzar un determinado objetivo, así como establecer y mantener un entorno seguro y estable*”¹⁴⁵, ciertamente está invitando a usar la fuerza para llevar a cabo la operación, lo cual se hace necesario para desarmar a los grupos armados y mantener a las personas civiles y otras víctimas en lugares seguros; pero aquí su participación al ser imparcial dejar de ser similar a la participación de un tercer Estado en un conflicto armado interno, que busca apoyar a su correligionario, por lo que su internacionalización es discutible. Sin embargo, aunque no sea un adversario común, está obligado a respetar el derecho internacional humanitario y es responsable por las normas violadas, por el solo hecho de participar en el conflicto, en calidad de fuerza multinacional.

¹⁴⁵ Vid. por ejemplo, Resolución 940 (1994), de 31 de julio, sobre la situación de Haití, par. 4.

De esta manera, queda entendido que las fuerzas multinacionales para el restablecimiento de la paz, las tropas que participan en un conflicto, y es de hecho el punto de vista del CICR, también pueden llegar a ser Partes en él, y por consiguiente se les pueda aplicar las reglas del derecho internacional humanitario¹⁴⁶. Así incluso lo ha afirmado por la misma ONU¹⁴⁷, sobre todo cuando éstas implican llevar a cabo el uso de la fuerza¹⁴⁸, lo que internacionaliza en parte el conflicto, aplicándose por tanto las reglas referentes a los conflictos armados internacionales¹⁴⁹.

Como se puede notar, debido a la problemática que encierra calificar los conflictos armados internos internacionalizados, la doctrina está optando por determinar la norma aplicable partiendo por encima de las características conceptuales que presentan los conflictos armados (Estado/Estado/Grupo de Liberación Nacional igual a conflicto armado internacional y, Estado/Insurgente igual a conflicto interno), sino de acuerdo a su papel en el desarrollo de las hostilidades y su relación con las fuerzas que combaten (Estado / Insurgente apoyado por terceros Estados / Coalición Internacional o Fuerza Multinacional independiente o partidista podría constituir bien sea un conflicto armado interno o internacional). Es la postura asumida por el CICR basada en la prueba del caso *Nicaragua*, en el sentido de que si las fuerzas multinacionales actúan contra el Estado el conflicto sería internacional y se aplican las reglas propias de ese tipo de conflicto, en cambio si esas fuerzas se desplazan en apoyo del Estado el conflicto sería interno, aplicándose por tanto las normas que corresponden a ese conflicto¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Murphy, Ray, "United Nations Military Operation and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?", en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n. 2, 2003, pp. 153-194.

¹⁴⁷ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* en nota 136, p. 11; Secretary General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, August 6, 1999. Doc. ST/SGB/1999/13.

¹⁴⁸ Vid. Greenwood, Christopher, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, pp. 3-34.

¹⁴⁹ Cada vez más es aceptada la tesis de que la intervención de una fuerza internacional por mandato del Consejo de Seguridad de la ONU en virtud del Capítulo VII de la Carta, para mantener la paz y seguridad internacionales, internacionaliza el conflicto. Véase la opinión la profesora Araceli Mangas Martín en ocasión de un análisis realizado sobre la autorización del uso de la fuerza en Libia, 2011. Para la profesora hace falta adecuar las reglas del derecho internacional humanitario a este tipo de conflicto como viene reiterando el CICR. Véase Mangas Martín, Araceli, "La autorización del uso de la fuerza armada en Libia", en *Real Instituto Elcano (ARI)*, 57/2011, 21 de marzo de 2011; también Kress, Claus "The 1999 crisis in East Timor and the threshold of the law on war crimes", en *Criminal Law Forum*, vol. 13, n. 4, 2002, pp. 409-470 (420).

¹⁵⁰ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* en nota 136, p. 36.

3. La injerencia extranjera y el conflicto armado interno: entre el control efectivo y el control general. El caso Nicaragua y yugoslavo

En la práctica reciente, aunque establezcamos posible solución y línea diferenciadora, han habido acontecimientos que no determinan por sí mismos el rumbo que definirá un conflicto y su consecuente norma aplicable, específicamente en cuanto a la injerencia extranjera, es decir, aquélla que se da cuando un tercer Estado realiza actos que se traducen en apoyo de un grupo armado en un conflicto armado interno, de manera que resulte difícil percibir el grado de injerencia, dejando espacio a la duda razonable. Más concretamente, la injerencia extranjera internacionaliza un conflicto cuando los hechos de una de las partes que combate contra el Estado le son atribuibles a un tercer Estado. Piénsese por ejemplo en la decisión de la CIJ en el renombrado caso *Nicaragua* (Nicaragua-Estados Unidos supone un conflicto armado internacional, Nicaragua-Los Contras supone un conflicto armado interno).

Dicho de otra manera, si las personas o grupos que combaten contra el Estado son órganos de facto del Estado extranjero, o bien si su conducta le puede ser atribuida. En este caso, habría que determinar el grado de control, que tenga el tercer Estado respecto al grupo que apoya. En ese sentido, el reconocimiento de los actos del grupo pueden ser expresos o tácitos por el tercer Estado, o bien puede ser determinado por decisión judicial mediante un análisis de la atribuibilidad de los hechos.

En la práctica jurisprudencial se han dado pasos en ese camino; por ejemplo, en el citado asunto de *Nicaragua* de 1986, la CIJ hizo énfasis en la diferenciación del conflicto. Subrayó que el conflicto entre *los contras* y el gobierno de Nicaragua debe regirse por las normas aplicables a los conflictos armados internos, mientras que los actos de Estados Unidos en y contra Nicaragua caen bajo la aplicación de las normas de los conflictos armados internacionales¹⁵¹. De esta manera, distinguió dos categorías de conflictos, uno interno y otro internacional, pero al parecer esa internacionalización del conflicto fue insuficiente para generar la responsabilidad internacional del Estado, pareciendo así una contradicción en términos prácticos.

¹⁵¹ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities..., *loc. cit. supra* en nota 47, par. 219, p. 114.

En ese sentido, la CIJ exigió como requisito indispensable que el Estado extranjero ejerciera un control efectivo sobre un grupo militar o paramilitar en lo relativo a las actividades de este grupo, el cual se debe manifestar, por un lado con el grado de dependencia, y por otro lado con la relación de control. Entre otros términos, que el Estado extranjero le diera a este grupo militar o paramilitar instrucciones precisas.

Por tanto, era preciso determinar el grado de control efectivo que tuviera el Estado sobre las entidades que actúan en su representación y como parte de su asimilación a las órdenes del Estado. Sobre este análisis la interpretación deducida es que mientras se encuentre sin comprobar la asimilación de la entidad a la estructura del aparato estatal es difícil comprobar el grado de control de efectividad que pueda ejercer dentro de dicho Estado.

En este orden de ideas, el asunto se planteó en el conflicto armado de la antigua Yugoslavia de 1991, en donde la Sala de Apelaciones en el caso *Dusko Tadic* aplicó dicha disposición, pero sobre la base del derecho internacional humanitario, para determinar la responsabilidad internacional penal de acuerdo al artículo 2 del Estatuto del Tribunal, cuyos crímenes sólo son aplicables a los conflictos armados internacionales, es decir, la problemática consistía en demostrar la existencia de un conflicto armado internacional en territorio yugoslavo; en este sentido, la Sala de Apelaciones concluyó que el conflicto se internacionalizó en vista de que las fuerzas armadas opositoras de la República Srpska que combatían contra las fuerzas armadas de Bosnia-Herzegovina actuaron bajo el control general de la República Federal de Yugoslavia¹⁵².

En el análisis, la Sala de Apelaciones se propuso hacer la distinción entre personas y grupos controlados por el Estado extranjero, así como las fuerzas armadas que actúan en un conflicto interno que lo hacen en nombre de un Estado extranjero, situación que la llevó a concluir cómo se internacionalizó el conflicto armado, después de la retirada presuntamente oficial del ejército de la República Federal de Yugoslavia de Bosnia-

¹⁵² *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, pp. 73-74, par. 161-162, p. 72.

Herzegovina¹⁵³. Asimismo, la Sala de Apelaciones señaló que el derecho internacional humanitario omite referencia alguna de cuándo un grupo de personas actúa bajo el control efectivo de un Estado, por lo que decidió estudiar el caso *Nicaragua*, como hemos señalado¹⁵⁴.

En consecuencia, recordemos que en el asunto de *Nicaragua* la CIJ estableció literalmente que, aun si fuera preponderante y decisiva la participación de Estados Unidos en todo lo relacionado a la financiación, organización, capacitación, suministro y equipamiento de *los contras*, la selección de sus objetivos militares o paramilitares y la planificación total de su operación, todavía es insuficiente en sí misma con el fin de atribuir a los Estados Unidos los actos cometidos por *los contras*. Agregó asimismo que ni siquiera un alto grado de dependencia y control general significaría que los Estados Unidos dirigieron y perpetraron los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; en suma exigió que los Estados Unidos tuvieran un control efectivo en sus operaciones militares o paramilitares para que la conducta de *los contras* les fuera atribuible¹⁵⁵. Más adelante la CIJ se ratificó en su pronunciamiento en ocasión del genocidio en Bosnia-Herzegovina, argumentó que la prueba de “control general” es inadecuada porque pretende ampliar la responsabilidad internacional del Estado más allá de su alcance; insiste en que el Estado solo puede ser responsable de su propia conducta, es decir, de la persona que interviene en su nombre, o de sus órganos oficiales y demás personas o entidades que asumen esa función, siempre y cuando actúen bajo su dirección e instrucciones que le permita tener de un “control efectivo” de los actos causantes del hecho ilícito¹⁵⁶.

Sin embargo, el razonamiento fijado por la CIJ se caracterizó por ser muy estricto y casi imposible de alcanzar, lo que según la opinión de la Sala de Apelaciones del TPIY constituye un punto negativo al momento de establecer la responsabilidad internacional

¹⁵³ Los comentarios del Convenio III de 1949 no arroja luz de la calidad de las fuerzas irregulares, o a saber a nombre de quién actúan las milicias o los paramilitares que combaten en un conflicto armado interno, es decir si lo hacen por cuenta propia o a nombre de otro Estado. Los Convenios de Ginebra no señalan nada al respecto. Vid. Pictet, Jean, *Commentary: III Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, p. 57.

¹⁵⁴ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, par. 98, p. 39

¹⁵⁵ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities..., *loc. cit. supra* en nota 47, par. 115, p. 54 (64).

¹⁵⁶ CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro*, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment, 26 February 2007, pars. 406 y 413.

del Estado, observación compartida inclusive por la doctrina. Según la Sala, dicho criterio se considera muy riguroso y desproporcionado; por tanto, disiente que el derecho internacional imponga un grado tan alto a la prueba de control, debido a que la lógica es evitar que los Estados utilicen los servicios de particulares para escudarse de su responsabilidad internacional¹⁵⁷. El profesor Theodor Meron también apoya esta tesis, y va más lejos, apuntando que la prueba del caso *Nicaragua* no puede determinar la clasificación del conflicto yugoslavo, y puede producir conclusiones artificiales e incongruentes¹⁵⁸, aunque este argumento es discutible, dado que el tema central de este caso es la injerencia extranjera.

De esta manera, podríamos señalar que la internacionalización de un conflicto armado interno por la responsabilidad del Estado por algunos de sus órganos es difícil de poderse aplicar en el ámbito del derecho internacional penal, principalmente en un escenario de guerra, en el cual se debe determinar si los actos del grupo armado corresponden a una respuesta armada entre Estados.

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos comparte muy de cerca estas afirmaciones, y propone que hay que examinar cada caso particular, enfatizando además que en el caso *Dusko Tadic* estas cuestiones se manejan desde la óptica del derecho internacional humanitario¹⁵⁹. De esta manera, parece estar también de acuerdo con la Sala de Apelaciones sobre el control efectivo y el control general; pues, según la Sala, el control exigido por el derecho internacional significa cuando un Estado tiene un papel en la organización, coordinación y planificación de las acciones del grupo militar; agrega además la financiación, entrenamiento y equipamiento o prestación de apoyo operacional de las acciones militares; sin que ello signifique que tengan que dar órdenes e instrucciones precisas de una acción militar, es decir, aboga mejor por un control general y no efectivo¹⁶⁰.

¹⁵⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, par. 117, p. 48.

¹⁵⁸ Meron, Theodor, "Classification of the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout", en *AJIL*, vol. 92, n. 2, 1998, pp. 236-242 (237).

¹⁵⁹ Vid. Comentario de la Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 53 período de sesiones, 2001, pp. 47-48.

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, p. 62, par. 145.

Por tanto, considerando las características y la problemática que envolvió el conflicto en la antigua Yugoslavia, concretamente en Bosnia-Herzegovina, la Sala de Apelaciones comprobó que, así como afirmó la juez McDonald en su voto disidente en la Sala de Primera Instancia el 7 de mayo de 1997¹⁶¹, la República Federal de Yugoslavia siguió controlando las políticas y operaciones del VRS, así como dando su apoyo logístico y financiero, incluso, aun con el cambio de nombre que ostentó el VRS por VJ, toda su estructura quedó intacta luego de la retirada el 19 de mayo de 1992.

La Sala señaló también otros elementos que caracterizaron el conflicto en Bosnia Herzegovina para confirmar el grado de control exigible según el derecho internacional para determinar que el conflicto armado se internacionalizó con la participación de la República Federal de Yugoslavia. Dice la Sala que la transferencia del ejército en Krajina, junto con otros oficiales del antiguo Ejército Popular Yugoslavo (JNA), que no eran serbios de Bosnia, constituían ahora la equivalencia misma al VRS. Define como una táctica operacional y estratégica ideada y llevada a cabo por la República Federal de Yugoslavia, la continua re-designación de nombres del ejército de Bosnia-Herzegovina, es decir, el JNA por VRS, y VRS por VJ¹⁶².

De esta manera, los actos del grupo armado o fuerzas armadas del VRS se consideran *de facto* actos del Estado de la República Federal de Yugoslavia, independientemente de cualquier instrucción específica o control de esos actos. Por otro lado, la Sala desarrolla dos clases de requisitos exigidos dependiendo de las personas o grupos para determinar el control de los actos realizados para ser atribuibles al Estado, ejecutados en el contexto de un conflicto armado¹⁶³.

“En primer lugar, sobre los individuos particulares o grupos armados no organizados que se presume han actuado como órgano del Estado, es necesario determinar si las instrucciones específicas han sido dadas por el Estado, o si el acto ilícito ha sido reconocido por éste. En segundo lugar, para el caso de las fuerzas armadas, milicias o paramilitares, además del requerimiento de asistencia financiera, suministro o

¹⁶¹ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 87, p. 217, par. 607.

¹⁶² *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 87, pp. 63-64, par. 151,

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 58-59, par. 137.

capacitación, no es necesario exigir dar instrucciones específicas de conducción de una operación, así como elegir un objetivo militar”.

Por consiguiente, la prueba que utilizó la Sala de Apelaciones para determinar que el conflicto armado se internacionalizó, es decir, el control general, quedó una vez más establecido en el derecho internacional. Hay especialistas inclusive que consideran la existencia de una prueba aún más baja y menos exigente que la refrendada por la Sala de Apelaciones.

Tal es el caso de Theodor Meron, quien hace su observación de que la imputabilidad de la responsabilidad internacional del Estado por los actos realizados por un grupo armado en un conflicto armado interno, no es una prueba común tanto para internacionalizar el conflicto como para permitir la aplicación del derecho internacional humanitario, al igual que la prueba del caso *Nicaragua*. El autor se va a lo simple, y estima que la participación del ejército yugoslavo y croata en Bosnia-Herzegovina fue una intervención contra este Estado y su gobierno que internacionalizó el conflicto; y por otro lado, los enfrentamientos entre las fuerzas gubernamentales de Bosnia-Herzegovina y los rebeldes, se caracterizó por ser un conflicto armado interno, que sólo se pudo internacionalizar con la participación directa y comprobada del Ejército Yugoslavo en apoyo del grupo¹⁶⁴.

Compartiendo la idea expresada por Meron, es evidente que la internacionalización de un conflicto, en su caso la prueba de control, debe manejarse desde la óptica del derecho internacional humanitario. Es decir, sin hacer un análisis basado o enfocado en una prueba tendiente a esgrimir la responsabilidad internacional del Estado, aunque el análisis extraído luego conduzca a evidenciar o revelar dicha responsabilidad.

Así lo entendió la destacada juez McDonald en su voto disidente cuando la Sala de Primera Instancia utilizó la prueba de *control efectivo* del caso *Nicaragua* para tipificar el conflicto en Bosnia-Herzegovina¹⁶⁵. Según la juez, el criterio planteado por la Sala ha

¹⁶⁴Merón, Theodor, “Classification of the Armed Conflict...”, *loc. cit. supra* en nota 158, p. 239.

¹⁶⁵ Cabe destacar que las dos Salas de Primera Instancia en principio fijaron criterios distintos acerca de la caracterización del conflicto. Ejemplo, la Sala que conoció el caso *Dragan Nikolic* en 1996 dejó claro que el conflicto fue de carácter internacional precisamente porque el Ejército Popular Yugoslavo (JNA, por sus siglas en inglés) tomó parte de la ocupación de la ciudad de Vlasenica en Bosnia-Herzegovina cuando

sido aún más riguroso que el señalado en la jurisprudencia mencionada. Argumenta que la dependencia y control es más que suficiente, y no tanto la efectividad de éste; advierte como inapropiado el *control efectivo* enarbolado por la CIJ para ser aplicado en el conflicto armado de la antigua Yugoslavia, y sugiere del mismo modo que debe realizarse por medio de una prueba distinta y separada de comprobar la responsabilidad internacional del Estado por la conducta de otros¹⁶⁶.

En esa misma línea se puede definir el conflicto armado interno que existía en Afganistán entre las fuerzas afganas talibanes y el gobierno de la coalición de la Alianza del Norte (formada por fuerzas antitalibanes, grupos étnicos y otros). Dicho conflicto se internacionalizó antes de que la Coalición de Estados encabezada por Estados Unidos derrotara a las fuerzas talibanes. En su momento, el Secretario de Defensa de Estados Unidos declaró que estaban suministrando alimento, municiones y asistencia general de coordinación¹⁶⁷. Todo ello indicaba que Estados Unidos tenían control general y hasta efectivo de la conducta de la Alianza del Norte. De hecho, la coordinación militar entre la Coalición dirigida por Estados Unidos y la Alianza del Norte sería tan estrecha que los combates aéreos estuvieron dirigidos contra objetivos específicos de los talibanes; pues sin su contribución efectiva, la Alianza solo hubiera podido controlar el diez por ciento del territorio afgano a manos de los insurgentes¹⁶⁸.

Por otra parte, es preciso señalar que el grado de participación extranjera a través de la injerencia o *control efectivo* sobre los actos de un grupo armado que combate contra las fuerzas armadas del Estado, muchas veces no se considera fundamental al momento de

la república ya había sido reconocida como Estado independiente, ver *Prosecutor v. Dragan Nikolic* (IT-94-2-R61), Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Trial Chamber, 20 October 1995, p. 17, par. 30. En cambio, la otra Sala, la que conoció el caso *Ivica Rajic*, hizo referencia al control político general y militar para probar si las fuerzas compuestas por croatas-bosnios actuaron como agentes de Croacia, descartando utilizar la prueba de *control efectivo* del caso *Nicaragua* por tratarse de la responsabilidad internacional del Estado, ver *Prosecutor v. Ivica Rajic* (IT-95-12-R61), Review of the Indictment..., *loc. cit. supra* en nota 134, par. 25. Sin embargo, esta Sala, la del caso *Ivica Rajic*, volvió a hacer referencia al *control efectivo* en el caso *Dusko Tadic* (la integraban los mismos jueces, salvo uno) utilizando la prueba de *Nicaragua*, y a tal efecto dictaminó que el conflicto fue de carácter interno para el conflicto entre las fuerzas bosnias y las serbobosnias, que como se conoce contó con el voto disidente de la juez Gabrielle Kirk McDonald. Vid. Comentarios en Segura Serrano, Antonio, *El Derecho Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 27, pp. 143 y ss.

¹⁶⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-T), Trial Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, 7 May 1997, p. 288 y ss.

¹⁶⁷ Arai-Takahashi, Yutaka, "Disentangling legal quagmires: the legal characterization of the armed conflicts in Afghanistan since 6/7 October 2001 and the question of prisoner of the war status", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2002, vol. 5, pp. 61-105 (68).

¹⁶⁸ *Ídem*.

calificar un determinado conflicto, sino que el predominio de sus elementos o características es lo que más tarde influirá en su calificación. Por tanto, se hace necesario continuar estudiando, en este caso, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y el conflicto armado interno en Ruanda.

En el conflicto armado interno étnico-tribal en Ruanda (1990-1994) se tuvo conocimiento de supuesta participación de funcionarios y del ejército de Uganda apoyando la invasión del noroeste de Ruanda que inició el Frente Patriótico Ruandés (FPR), de formación tutsis exiliados, contra las fuerzas armadas de Ruanda¹⁶⁹. Quizás por esta razón el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 846 (1993) del 22 de junio, por la que se crea la Misión de Observadores de las Naciones Unidas para Uganda y para Ruanda (UNOMUR), para operar del lado de Uganda, con la misión de vigilar las fronteras de ambos Estados y con el objetivo de evitar que llegara asistencia militar de Uganda a Ruanda.

En ese mismo sentido, cuando las fuerzas hutus asesinaron a más de medio millón de tutsis, en la primavera del año 1994, en el mes de junio Francia desplegó una fuerza multinacional llamada “*Operación Turquesa*” con la autorización de la ONU¹⁷⁰, para poner fin a la guerra civil, siendo ésta la posibilidad de convertirlo en internacional, como habíamos enunciado en párrafos precedentes sobre las calidades de las fuerzas multinacionales en los conflictos internos. Lo mismo podría decirse de los conflictos en Uganda (desde 1986) y El Congo (desde 1998) que tuvieron participación extranjera, en este último caso con participación directa de Estados limítrofes¹⁷¹.

No obstante, continuando con el conflicto en Ruanda, a lo largo de su desarrollo se presentaron acontecimientos que coadyuvaron para que se calificara el mismo como puramente interno. En efecto, por un lado, en la Resolución 929 (1994) de 22 de junio

¹⁶⁹ Waugh, Colin M., *Paul Kagame and Rwanda. Power, Genocide and the Rwandan Patriotic Front*, editorial McFarland, E.U., 2004, p. 27.

¹⁷⁰ Por medio de la Resolución 929 (1994), el Consejo de Seguridad autorizó la intervención en Ruanda por causas humanitarias hasta que la UNAMIR le sustituyera.

¹⁷¹ Bassiouni, M. Cherif., “The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n. 3, 2008, pp. 711-810 (748); Von Sternberg, Mark R., “A Comparison of the Yugoslavian and Rwandan War Crimes Tribunals: Universal Jurisdiction and the Elementary Dictates of Humanity”, en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 22, n. 1, 1996, pp. 111- 156 (119). Como obras generales véase Moghalu, Kingsley, *Rwanda's Genocide: The Politics of Global Justice*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 9-13; Clark, Jhon F., *The African Stakes of The Congo War*, ed. Jhon F. Clark, New York, 2002.

por la que el Consejo de Seguridad solicita a los Estados la conformación de una operación temporal imparcial para contribuir a la seguridad y protección de las personas desplazadas, refugiados y personas civiles en Ruanda (fundamento de la *Operación Turquesa*), y por otro, en donde califica la situación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, pero omitiendo que el conflicto sea internacional, a ello se suma que el mandato de la operación exigía el uso imparcial de la fuerza para llevar a cabo sus objetivos. Por tanto, existía ya la presunción tácita de que el conflicto como fuera calificado puramente interno de acuerdo a estos señalamientos.

En ese sentido, cuando la Comisión de Expertos autorizada para estudiar las violaciones del derecho internacional humanitario perpetradas en el conflicto armado en Ruanda¹⁷² hizo referencia a la cuestión, lo calificó como interno, bajo el argumento de que el uso de la fuerza armada se llevó a cabo dentro de los límites del espacio geográfico de Ruanda, sin participación activa de otros Estados, entre los meses de abril y julio de 1994, fecha donde se cometieron la mayoría de los asesinatos; asimismo, destacó que los acontecimientos tuvieron graves repercusiones políticas y sociales en Estados limítrofes debido al éxodo masivo de refugiados, constituyendo todo ello una amenaza a la paz y la seguridad internacionales¹⁷³. Agrega además que el conflicto supera con creces lo establecido en el artículo 1 (2) del Protocolo Adicional II sobre las tensiones internas y disturbios interiores, así como motines y otros actos aislados de violencia, porque fueron operaciones sostenidas, concertadas y planeadas estratégicamente con tácticas sofisticadas, todas llevadas a cabo por grupos armados organizados¹⁷⁴.

Así, *a priori*, cuando el TPIR se vio en la necesidad de fijar su posición no escatimó esfuerzos para presumirlo como interno sin llegar al fondo su decisión. En el caso *Joseph Kanyabashi*, el Tribunal dictaminó que la facultad del Consejo de Seguridad de calificar la situación de Ruanda como amenaza a la paz y la seguridad internacionales es independientemente de que un conflicto sea considerado internacional o interno. Añade además que es cierto que el conflicto era interno porque emergió de las tensiones

¹⁷² Solicitud de nombramiento de una Comisión de Expertos, la Resolución 935 de 1 de julio de 1994 del Consejo de Seguridad.

¹⁷³ Informe Provisional de la Comisión de Expertos, Doc. ONU S/1994/1125, 4 de octubre, pars. 91-92.

¹⁷⁴ *Ibidem*, par. 94.

inherentes de los dos mayores grupos que forman la población de Ruanda, y escasamente envolvió participación directa de fuerzas armadas de otros Estados¹⁷⁵.

Como se puede observar, el TPIR utilizó los mismos argumentos empleados por la Comisión de Expertos sin más detalles. Es decir, el señalamiento de que el conflicto se produjo únicamente entre dos fuerzas interinas, las Fuerzas Armadas de Ruanda (RAF) y el Frente Patriótico Ruandés (FPR), sin prejuzgar el apoyo dado por el gobierno de Uganda a los combatientes tutsis; así lo confirmó más tarde en el caso *Jean Paul Akayesu*, pero esta vez profundizando sobre la determinación de la existencia de un conflicto armado, utilizando incluso la expresión de la Sala de Apelaciones del caso *Dusko Tadic*, como ya se ha destacado otrora¹⁷⁶.

El Tribunal fue más lejos cuando subrayó que la intención en este caso consistía en demostrar la aplicabilidad del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II partiendo de la existencia de un conflicto armado, y que su jurisdicción abarca conocer de la perpetración de genocidio y crímenes contra la humanidad, los cuales pueden ser cometidos exista o no un conflicto armado según la costumbre internacional¹⁷⁷. Con esta última afirmación el Tribunal pone énfasis en su creación destacando el interés sin precedente de la comunidad internacional en la protección y defensa de los derechos humanos, dentro del proceso de humanización del derecho internacional en los actuales momentos, en el que cada vez más se está determinando que los delitos graves o menos graves pueden ser cometidos tanto en un conflicto armado interno como internacional. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina están mostrando poco interés en calificar un determinado conflicto, y adentrarse sólo en verificar las violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en lugar de analizar *prima facie* la naturaleza del conflicto para determinar el derecho aplicable.

¹⁷⁵ *Prosecutor v. Joseph Kayabashi* (ICTR-96-15-T), Decision on the Defence..., *loc. cit. supra* en nota 175, pars. 21 y 24.

¹⁷⁶ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, Judgment, 2 September 1998, pars. 126-127. Akayesu fue el primer condenado por genocidio por el TPIR en 1998.

¹⁷⁷ Los crímenes contra la humanidad puede ser cometidos tanto en conflictos armados internacionales como internos. Véase Commission of Experts's Final Report (S/1994/674), Parte II, letra H (1), establecida de conformidad con la Resolución 780 (1992) de 6 de octubre, para evaluar y examinar las violaciones de graves de los Convenios de Ginebra y otras violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en la antigua Yugoslavia. El crimen de genocidio también es repudiado sin importar si se comete en tiempo de paz o de guerra (Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948). La prohibición de cometer ambos delitos se considera norma *ius cogens* de derecho internacional general.

Fue precisamente por este estudio que la Sala de Primera Instancia del TPIR encontró que hubo un conflicto armado interno por las mismas razones que hemos venido enunciando, es decir, enfrentamientos entre dos grupos armados organizados, como punto de interés principal¹⁷⁸, reforzado por el argumento subrayado de que dicho Tribunal fue constituido para analizar la responsabilidad las violaciones cometidas sin importar, en principio, la caracterización del conflicto.

Sin embargo, reiteramos que el derecho positivo actual todavía procura hacer la distinción de un conflicto armado y las reglas de juego en cada categoría. Por consiguiente, aunque es probable que el conflicto armado en Ruanda contó con participación de fuerzas extranjera sobre todo del gobierno de Uganda y desde donde operaba el FPR, es seguro añadir que durante su desarrollo la participación extranjera tuvo poco éxito. Lo que para el Tribunal habría sido muy difícil probar de *control general* por parte de Uganda sobre el FPR, tanto por la naturaleza del conflicto, representada por el odio racial entre las etnias superiores de la población (hutus y tutsis), como por la carencia de pruebas suficientes de participación extranjera.

De cualquier forma el caso *Dusko Tadic* marcó la tendencia de la justicia internacional, de prever la posibilidad de que una injerencia extranjera puede internacionalizar un conflicto armado interno cuando es posible atribuirle a un tercer Estado los actos realizados por un grupo armado organizado, con la finalidad de establecer el derecho aplicable. Así lo ha demostrado ya la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en el caso *Thomas Lubanga Dyilo*, la cual dictaminó que Uganda ejerció control efectivo sobre las Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda (UPDF) – grupo disidente de las Fuerzas Armadas de Uganda, que operaban en la RDC -, durante el conflicto armado interno entre fuerzas regulares de la RDC y grupos armados de ese Estado, entre julio de 2002 y junio de 2003.

En ese sentido, tal como ocurrió con el caso *Dusko Tadic*, la Sala de Cuestiones Preliminares debió de verificar qué tipo de conflicto se desarrolló entre julio 2002 y junio 2003, con el propósito de confirmar los cargos contra *Thomas Lubanga*, acusado

¹⁷⁸*Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 619 y ss.

de crímenes de guerra por el reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades. *Thomas Lubanga*, como comandante en jefe, realizó su plan dentro de un grupo armado llamado Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), que a su vez era el soporte militar del grupo armado Unión de Patriotas Congoleños (UPC), quien en septiembre 2002 pasó a denominarse Unión de Patriotas Congoleños, Reconciliación y Paz (UPC/RP). Todo ello en violación del artículo 8 (2) (e) (vii) y 25 (3) (a) del Estatuto de la CPI. Afirmación que según la fiscalía aconteció durante un conflicto armado interno¹⁷⁹.

Así, debido al interés de la defensa de sostener la acusación dentro del campo de los conflictos armados internacionales, - dado el conocimiento de la participación de Uganda en el desarrollo del conflicto – con la intención de lograr alguna ventaja en el fallo, la Sala procedió a hacer el análisis del caso. Reconoció en lo inmediato que el Estatuto ofrece la misma protección en ambas categoría de conflictos - (artículo 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) -. Pero, para determinar la caracterización del mismo, puso énfasis en lo afirmado por la Sala de Apelaciones del caso *Dusko Tadic*, es decir, en su opinión, la prueba del *control efectivo* (más bien “*general*”) debe ser usada para determinar si las fuerzas armadas estaban actuando en nombre de un tercer Estado. Apunta que ello se demuestra cuando el tercer Estado desempeña un rol en la organización, coordinación o planeación de las acciones militares del grupo armado, agrega también financiación, entrenamiento y equipamiento para ejercer el *control efectivo (general)*¹⁸⁰.

En ese mismo orden, para poyar su tesis, la Sala hace referencia al dictamen de la CIJ en el caso *República Democrática del Congo v. Uganda* de 19 de diciembre de 2005. En su momento, la Corte determinó que las fuerzas armadas de Uganda se situaron en localidades de la RDC e impusieron su autoridad sobre las del gobierno congolés. Subraya que la ocupación de un territorio se da cuando el lugar permanece bajo la autoridad del ejército enemigo pudiendo ser ejercida, esto según lo establecido en el artículo 42 de la Convención de La Haya de 1907)¹⁸¹.

¹⁷⁹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, 29 February 2007, pp. 6 y 7, pars. 5-12.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 74, par. 211.

¹⁸¹ CIJ, *Armed Activities on the Territory of de Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Judgment 19 December 2005, p. 50, par. 172.

En opinión de la CIJ, el hecho de que el general Kasini, comandante de las fuerzas armadas ugandesas en la República Democrática del Congo nombrara a Adèle Lotsove como gobernador de la nueva provincia de Kibali-Ituri en junio de 1999, es una prueba convincente de que Uganda estableció y ejerció su autoridad como potencia ocupante¹⁸². Igualmente, que la conducta del UPDF es atribuible a Uganda, el cual ejerció como órgano de ese Estado, y la conducta de un órgano de un Estado puede ser reconocida como acto de ese Estado¹⁸³.

Por tanto, considerando ese argumento como prueba, la Sala de Cuestiones Preliminares entendió entonces que la República de Uganda, al participar en las actividades militares contra la RDC, ayudó en las operaciones logísticas, económicas y financieras de las fuerzas irregulares que operaban en el Congo, particularmente al grupo disidente de su ejército, el UPDF, ejerciendo de esta manera el control efectivo (*general*), entre julio de 2002 y junio de 2003¹⁸⁴. Reconoció también que en este período y lugar habían pruebas contundentes que demostraban que *Thomas Lubanga Dyilo* reclutó, enlistó y llevó a participar en el conflicto a niños menores de 15 años, en lo que tanto el FPLC y el UPC/KP fueron actores claves¹⁸⁵.

De la misma manera, la Sala de Cuestiones Preliminares, en el caso *Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, también confirmó nuevamente que el conflicto armado en la RDC, en la zona del Distrito Ituri, tuvo un carácter internacional entre agosto 2002 y mayo 2003. Todo ello debido a que Uganda intervino directamente por medio de sus fuerzas armadas (UPDF), el cual sirvió de soporte militar a diferentes grupos, entre los cuales estaban el UPC dirigido por *Thomas Lubanga*, y el FNI/FRPI (Frente Nacionalista e Integracionista/Fuerza de Resistencia Patriótica de Ituri)¹⁸⁶. Al mismo la Sala tiempo entendió que, si bien Ruanda estuvo también involucrada en el conflicto, no

¹⁸² *Ibidem*, p. 50, par. 175

¹⁸³ *Ibidem* p. 50, par. 213.

¹⁸⁴ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 179, p. 74, par. 220.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 101, pars. 292 y 293.

¹⁸⁶ *Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, 30 September 2008, pp. 72-74, pars. 239-240.

habían pruebas concluyentes que indicara su intervención directa en el período señalado¹⁸⁷.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 74, par. 241.

CAPÍTULO II.- CONFLICTOS ARMADOS ENTRE UN ESTADO Y UN GRUPO ARMADO ORGANIZADO DE NATURALEZA TERRORISTA. EL CASO AL QAEDA Y LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS QUE TRASCIENDEN DEL ORDEN INTERNO

Dentro del proceso de transformación que ha ido caracterizando a los conflictos armados internos a partir de la segunda mitad del siglo XX, y especialmente con el fin de la Guerra Fría, un nuevo elemento ha hecho que estos conflictos pongan en atención la falta de regulación adaptada a los nuevos tiempos, se trata de los conflictos armados internos que trascienden fronteras, sin que los mismos se conviertan en internacionales. Un claro ejemplo de ello, es el supuesto “conflicto armado” entre Estados Unidos y Al Qaeda en la llamada “*guerra contra el terrorismo*” iniciada en 2001, cuyas repercusiones han ocupando un lugar en el derecho internacional que busca redefinir esta clase de conflictos y donde la protección de las personas civiles y la población civil es incierta y muy frágil desde la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977.

Así, en muchos conflictos armados internos actuales, algunos grupos armados están utilizando frecuentemente los actos terroristas como su arma de ataque, dando lugar a que sean descalificados para ser Partes en un conflicto armado, quedando en un limbo jurídico la calificación del crimen cometido, es decir, si se ha cometido un crimen internacional en relación a violaciones de normas del derecho internacional humanitario, o un crimen de derecho interno de trascendencia internacional en relación a violaciones de normas de los derechos humanos fundamentales. En circunstancias normales es una obligación de los grupos armados organizados respetar el derecho internacional humanitario, pero es evidente que descalificar a un grupo les alerta a ignorarlas. Dicho esto, los actos terroristas no pueden condicionar el respeto por el derecho internacional humanitario cuando hay razones suficientes para creer que existe un conflicto armado interno entre supuestos actores no estatales de ascendencia terrorista y el Estado, o entre tales actores.

Sección Primera. Conflictos armados transfronterizos y transnacionales. El caso especial de Estados Unidos y Al Qaeda

I. Los conflictos armados internos transnacionales y transfronterizos y el derecho internacional humanitario

Se trata de aquellos conflictos armados internos en los cuales casi toda la estructura de un grupo armado organizado contra el que combate el Estado internamente se traslada a otro lugar fuera de sus fronteras habituales, asentándose en otros Estados limítrofes o circundantes y realizando desde allí su guerra contra el Estado de su nacionalidad o simplemente contra su Estado enemigo o fuerza enemiga. Es una práctica muy complicada porque pone en riesgo las relaciones entre el Estado del cual es originario el grupo armado organizado y los Estados que le han servido de albergue.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no fue concebido para regular este tipo de conflicto ni tampoco el Protocolo Adicional II señala algo al respecto. Pero una interpretación teleológica del artículo 3 común nos conduce a afirmar que sí es posible incluirlos dentro de los llamados conflictos armados internos, toda vez que dicho artículo señala que se aplicará en conflictos armados que no sean de índole internacional.

Como se puede observar, los conflictos de este tipo han superado la barrera de la territorialidad definida tanto por el artículo 3 común como por el Protocolo Adicional II. La primera norma hace referencia a los conflictos armados que surgen en el territorio de una Alta Parte Contratante, como si el desarrollo de las hostilidades dentro del territorio constituyen un requisito *sine qua non* para caracterizarlo; en cambio, la segunda pone énfasis al desarrollo de uno de estos conflictos dentro de una Alta Parte Contratante como si sólo bastara tener un vínculo con el Estado parte en el Protocolo¹⁸⁸. La diferencia en el lenguaje utilizado algunas veces es calificada por la doctrina como una falta de concordancia, por el contrario, se emplea para significar que para la aplicación del derecho internacional, de acuerdo a su objeto y fin, poco importa la naturaleza del

¹⁸⁸Jinks, Derek, "The Temporal Scope Of Application Of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts International", en *Humanitarian Law Research Initiative*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2003, pp. 1-9 (8), ver en <http://www.hpcrresearch.org/site/s/default/files/publications/Session3.pdf>, fecha de consulta 25 de octubre de 2013.

conflicto armado interno¹⁸⁹, pues una interpretación estricta a su lectura crearía un vacío jurídico que difícilmente se puede llegar a entender, debido a que perjudicaría gravemente el espíritu del derecho internacional humanitario, cuyo interés general consiste en proteger ante todo a las víctimas de los conflictos armados: las personas civiles y la población civil, y en otro orden los bienes de carácter civil.

De esta manera, el ámbito territorial donde se desarrolla un conflicto armado interno ha dejado de ser una condicionante para la determinación de su existencia. Ello fue tomado en cuenta para la elaboración y aprobación de la Resolución 955 (1994) que instituye la creación del TPIR, el cual amplía su competencia inclusive a los Estados limítrofes. Esto refuerza una vez más que el ámbito territorial donde se desarrolla el conflicto armado interno casi en nada repercute para su caracterización¹⁹⁰, y se puede extender la aplicación del derecho internacional humanitario inclusive a otros Estados que pudieron verse afectados por las hostilidades. Queda entendido entonces que la precisión de un conflicto armado interno no cambia aunque éste se transforme en transnacional.

Como ejemplo paradigmático podemos citar el grupo armado organizado señalado otrora, el FPR, fundado y dirigido por Tito Rutaremara en 1987, de exiliados tutsis ruandeses asentados en Uganda. Su objetivo principal consistía en derrocar al gobierno de Ruanda a cargo del general hutu Juvenal Habyarimana. En octubre de 1990, el FPR invade el noreste de Ruanda, declarando la guerra al régimen dictatorial de Habyarimana, quien había prohibido el regreso de los refugiados ruandeses al país argumentando la precaria economía del Estado¹⁹¹. Pero la invasión del noroeste fue más que un comienzo arriesgado de su política opositora, pues a pesar de que ya se había diseminado parte de su ejército hacia el interior de Ruanda, sus operaciones logísticas y militares estaban dirigidas desde Uganda, contando con el apoyo de este último Estado.

Se han visto otros tipos de conflictos tipos armados, por un lado interno, y por otro lado internacional al mismo tiempo, son los llamados conflictos armados transfronterizos, que han violado seriamente la soberanía del Estado donde se arroja un grupo armado, como el caso de Israel contra las fuerzas de la Organización para la Liberación de

¹⁸⁹Sassòli, Marco, “Transnational Armed Groups and...”, *loc. cit. supra* en nota 84, p. 9.

¹⁹⁰Zegveld, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 136.

¹⁹¹Waugh, Colin M., Paul Kagame and Rwanda..., *loc. cit. supra* en nota 169, p. 27.

Palestina (OLP) en 1982, en el cual Israel invadió el Líbano para combatir contra el grupo señalado, situación que se repitió una nueva vez en julio de 2006 cuando Israel penetró en el Líbano para combatir a la organización terrorista Hezbolá; el conflicto entre Marruecos y los saharauis en el Sahara Occidental y, en los últimos años, otra vez Israel contra Hamas en Palestina¹⁹².

Por consiguiente, la diferencia fundamental entre un conflicto armado interno y uno internacional es la combinación de los actores o Partes involucradas: constituye un conflicto armado interno si el enfrentamiento se da entre un Estado y un grupo armado organizado o dos grupos armados organizados a la vez, suplantando la territorialidad para dar cabida también a los conflictos armados internos transnacionales; y un conflicto armado es internacional si el enfrentamiento ocurre entre dos o más Estados. Esta también es la posición asumida por el CICR¹⁹³.

Si bien la referencia a este tipo de conflicto armado es constante, puesto que ha sido una de las características asociadas a muchas guerras civiles que se propagan a Estados limítrofes, el tratamiento de su posible conceptualización es relativamente nueva, pues ha sido ignorado por la doctrina, razón por la cual existen dudas sobre su incorporación dentro de los conflictos armados internos; sin embargo, la mayoría de los conflictos armados internos contemporáneos caen dentro de esta categoría¹⁹⁴.

II. Existencia de un conflicto armado transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda

A simple vista, parece que hablar de un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda resulta inadecuado. Por tanto, para responder de forma objetiva a esta interrogante, nos proponemos analizar desde la perspectiva del derecho de la guerra, la jurisprudencia y las opiniones de algunos juristas experimentados lo relacionado a la probable existencia de un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda de tipo transnacional, regulado por el derecho internacional humanitario. Todo ello partiendo de

¹⁹²Schöndorf, Roy S., “Extra-State Armed Conflicts: Is There A Need for A New Legal Regime?”, en *Journal of International Law and Politics*, New York University, vol. 37, n. 1, pp. 1-78 (9).

¹⁹³ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* en nota 136, p. 12.

¹⁹⁴Fürstenberg, Michael D., ““Conflict Beyond Borders” – Conceptualizing Transnational Armed Conflict”, *Technische Universität Braunschweig*, Germany, Paper prepared for presentation at the SGIR 7th Pan-European International Relations Conference, September 9-11, 2010, Stockholm, pp. 1-45 (4).

que cuando Estados Unidos intervino a Afganistán en 2001 lo hizo tanto para derrocar al régimen de los talibanes que gobernaban el país, como también para perseguir a la organización terroristas Al Qaeda, considerada autora intelectual y material de los atentados del 11S.

Adelantar, asimismo, que el CICR ha contemplado esta posibilidad al referirse a la “*guerra contra el terrorismo*”, pero limitado en un territorio específico, en Afganistán, entre Estados Unidos y una coalición de Estados en apoyo del gobierno afgano contra los talibanes y Al Qaeda¹⁹⁵. Conflicto armado que aún no finaliza, y que por otro lado, a juzgar por un territorio donde llevar a cabo las hostilidades, se podría estar produciendo también en Siria entre Estados Unidos y Al Qaeda, debido a que los grupos armados Frente Al Nusra y Khorasan figuran como filiales de Al Qaeda en ese Estado, ello independientemente del conflicto del conflicto armado internacional entre Estados Unidos y Siria suscitado tras el apoyo dado por Estados Unidos a los rebeldes moderados de Siria¹⁹⁶.

Pues bien, el supuesto conflicto armado entre Estados Unidos y sus aliados contra la organización terrorista Al Qaeda que comenzó a finales de 2001 con la intervención armada en Afganistán, en principio y en sentido jurídico-práctico podría considerarse como un conflicto armado interno transnacional regulado por las normas del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internos. Todo ello se presenta si partimos de algunas consideraciones jurídicas y sistemáticas establecidas tanto en el artículo 3 común como en el Protocolo Adicional II, según se puede deducir de los acontecimientos ocurridos.

Resulta muy interesante que al momento de desarrollar un análisis doctrinal surjan cuestiones políticas que menoscaban un juicio lógico fundamentado en derecho, porque

¹⁹⁵ CICR, XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos en los Conflictos Armados Contemporáneos”, del 26 al 30 de noviembre de 2007, Ginebra, Suiza, p. 10, ver en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/ihl-30-international-conference> 101207.htm, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014.

¹⁹⁶ Ver Sparrow, Thomas, “Qué es el grupo Khorasan, la otra amenaza para EE.UU. en Siria”, en BBC Mundo, 24 de septiembre de 2014, ver en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140923_eeu_u_grupo_khorasan_siria_tsb, fecha de consulta 07 de noviembre de 2014. También, Ashraf, Afzal, “Por qué Estado Islámico no perdurará”, en BBC Mundo, 17 de septiembre de 2014, ver en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140916_internacional_debilidad_estado_islamico_ng, fecha de consulta 25 de septiembre de 2014.

hablar de Al Qaeda supone inmiscuirse en los asuntos que atañen al terrorismo, el cual se encuentra insuficientemente regulado por el derecho internacional humanitario debido a la inexistencia de un concepto jurídico generalmente aceptado¹⁹⁷, y donde la falta de consenso internacional impide considerar a un grupo armado de la índole de Al Qaeda con las cualidades suficientes para ser parte en un conflicto armado, y mucho menos porque es una organización terrorista.

A priori, en nuestra opinión, aceptar que existe un conflicto armado, más que interno, transnacional, entre Estados Unidos y Al Qaeda, regulado por el derecho internacional humanitario, no significa que estemos a favor de pretender otorgar inmunidad o privilegios a la agrupación terrorista, pero sí que a sus miembros cuando sean capturados se les someta a un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial con todas las garantías de derecho de las naciones civilizadas. Tampoco queremos relegar la actuación del derecho internacional de los derechos humanos en este tipo de situaciones, sino hacer frente a una nueva forma de hacer la guerra que cada vez más se propaga por el mundo entre actores no estatales y el Estado, que persiste indefinidamente, rebasando en ocasiones el umbral de hostilidades de categorías inferiores a un conflicto armado, donde el campo de actuación del derecho internacional de los derechos humanos o las reglas de procuración de justicia en tiempo de paz se ven menos previsibles para su aplicación por parte del Estado.

Por tanto, el objetivo principal en esta situación primero se basa en determinar si Al Qaeda deber ser considerada un grupo armado organizado, Parte en un conflicto armado transnacional, destinataria de las normas del derecho internacional humanitario, o tan solo una organización terrorista¹⁹⁸ criminal global, que realiza actos criminales en violación del derecho interno de los Estados y del derecho internacional, y que al ser capturados sus miembros, cuentan con la garantía de las normas internacionales sobre derechos humanos transpuestas al derecho interno de los Estados, para que puedan ser procesados y sancionados bajo las leyes penales nacionales por los delitos cometidos¹⁹⁹,

¹⁹⁷ Mirko, Sossai, "The Internal Conflict in Colombia...", *loc. cit. supra* en nota 81, p. 260.

¹⁹⁸ Roth, Kenneth, "Leyes de Guerra en la Guerra contra el Terrorismo", en *ForeignAffairs* en español, ITAN, vol. 4, n. 2, 2004, pp. 84-90; Jinks, Derek, "The Temporal Scope of Application...", *loc. cit. supra* en nota 188, p. 8.

¹⁹⁹ Aldrich, George H., "The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants", en *AJIL*, vol. 96, n. 4, 2002, pp. 891-898 (893).

en concreto, si hubo o hay un conflicto armado entre Estados Unidos y sus aliados contra la organización; circunstancias estas que nos obligan a estudiar algunos puntos del *ius ad bellum*. En ese tenor, determinar el papel que jugó la organización terrorista durante la intervención armada en Afganistán, si sus combatientes califican para el estatuto de prisionero de guerra. Finalmente, analizar si existe un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda en término globales dentro de la llamada “guerra contra el terrorismo”.

1. ¿Es Al Qaeda un grupo armado organizado?

El artículo 3 común sólo hace referencia a Partes en el conflicto de manera genérica²⁰⁰. Pero, dentro de las propuestas de análisis sometidas a su aprobación, se hablaba de grupos insurrectos, fuerzas militares organizadas e inclusive de beligerantes, todo ello sólo con la finalidad de aplicar un trato humano a los miembros de estos grupos, haciendo la salvedad de que ninguna de sus disposiciones surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes, como indica el párrafo tres del punto 2 de dicho artículo, para evitar de este modo tocar temas que atañen directamente a la soberanía del Estado.

En ese sentido, a pesar de que se obvió recurrir a los grupos armados organizados para señalar a una de las Partes en un conflicto armado interno, la costumbre ha sido incluir a estos grupos bajo las denominaciones de disidentes, rebeldes, insurgentes, guerrilleros y otras agrupaciones semejantes²⁰¹. Es así porque se presumen grupos organizados, para lo cual se pueden aplicar algunas normas del derecho internacional humanitario en caso de conflicto armado interno.

A priori, autores como Jordan Paust consideran que Al Qaeda difícilmente puede considerarse como un grupo insurgente debido a que carece de la forma de un gobierno o de una organización militar, ni tampoco tiene el control de un territorio propio y una

²⁰⁰ Se ha explicado que las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II le son vinculantes a los grupos armados organizados contra quien combate el Estado en un conflicto armado interno en la medida que el Estado sea parte en los Convenios, el cual subroga también el respeto de las normas a esos grupos, porque dicho Estado cuando se compromete en un tratado lo hace en nombre de todos sus ciudadanos. A falta también de que el Estado sea parte en los Convenios, éste se encuentra obligado por el carácter consuetudinario de muchas de las normas del derecho internacional humanitario, y los grupos armados también.

²⁰¹ Greenwood, Christopher, “Scope of Application of Humanitarian Law”, en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Dieter Fleck (edit.), Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 1-55 (48).

población como súbditos. Por otro lado, el mismo autor reconoce que Estados Unidos sí adquirió el derecho de legítima defensa en respuesta a los ataques terroristas del 11 de Septiembre de 2001 en New York, Washington y Pennsylvania (11S)²⁰², tal como el Consejo de Seguridad dejó entrever en sus Resoluciones 1368 (2001) de 12 de Septiembre y 1373 (2001) de 28 de Septiembre, posteriores a los ataques.

Como se puede apreciar, las afirmaciones del autor citado van en consonancia con el derecho internacional consuetudinario, es decir, grupos armados organizados son insurgentes o rebeldes que luchan por un cambio de gobierno o control de una porción territorial de un Estado. Pero limitar únicamente a esos rasgos característicos los factores que deben presentar los actores no estatales para formar parte de un conflicto armado, resulta muy rígido y minimiza la aplicabilidad de las normas del derecho internacional humanitario, sujeta entonces a la apreciación subjetiva de quienes tienen el poder para definir una situación como esa, lo que va en contra del objeto y fin de los tratados que rigen la materia; sobre todo cuando al tenor literal de los tratados se exigen también otros requisitos que deben tomarse en cuenta y ser analizados a profundidad.

Así, nos remitimos a lo expresado en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional II, el cual señala que estos grupos deben encontrarse “*bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”. Lo expresado se complementa con la jurisprudencia del TPIY, que reproducimos nuevamente: el grupo debe tener un cuartel general; capacidad para tener acceso a las armas y equipos militares; capacidad para definir una estrategia militar unificada; uso de tácticas militares; y, sobre todo, capacidad para negociar y celebrar acuerdos como los de alto al fuego y de paz²⁰³.

Por tanto, la razón principal para determinar si un grupo armado puede ser receptor del derecho internacional humanitario obedece principalmente a su grado mínimo de organización y no tanto a la calidad de su estatuto jurídico, y es esta es la postura que mantiene el CICR referente a los grupos armados, pero exige que puedan ser

²⁰²Paust, Jordan J., “War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 28, n. 2, 2003, pp. 325- 336 (326).

²⁰³ *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.* (IT-04-84-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 77, pp. 32-33, par. 60.

identificados a los fines de suscitar igualdad de derechos y obligaciones entre las Partes²⁰⁴.

Siendo así, la denominación terrorista carece de importancia objetiva, como por otro lado lo pone de manifiesto la jurisprudencia del TPIY en la que hemos hecho hincapié. Es entonces este grado mínimo de organización lo que nos conduce a analizar, cuando hablamos de la organización terrorista Al Qaeda específicamente, la aptitud para cumplir al menos con una de las características para ser Parte en un conflicto armado transnacional con Estados Unidos en sentido práctico.

Con esa finalidad, nos proponemos hacer algunas aseveraciones referentes a la organización terrorista susodicha, de acuerdo a una nueva dimensión representativa de este grupo dentro de la situación actual del derecho internacional humanitario, y de los llamados grupos armados organizados, sin que ello menoscabe la posición tradicional que los define y caracteriza, de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, es preciso reiterar que relacionar a un grupo armado organizado para ser Parte en un conflicto armado con una organización terrorista como Al Qaeda, resulta bastante polémico, y las opiniones expresadas aquí pueden estar sujetas a discusiones, puesto que existen elementos objetivos que lo ubican dentro de un grupo armado organizado o una Parte activa en hechos de violencia contra un Estado, como manda el artículo 3 común, independientemente de los medios usados para llevar a cabo su lucha, es decir, el terrorismo.

Como es sabido en el escenario político internacional, la organización terrorista Al Qaeda desde sus cimientos emergió como un grupo insurrecto armado organizado dirigido por Osama Bin Laden, y financiado por Estados Unidos para combatir contra las fuerzas del régimen comunista-golpista afgano de Mohammad Najibullah, apoyados por la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) durante el conflicto armado en Afganistán (1978-1989). En sus inicios, el grupo armado Al Qaeda se nutrió de muchos rebeldes contrarios al gobierno y combatió también junto a otro grupo insurgente armado organizado ultra conservador llamado los talibanes, dirigido por

²⁰⁴ CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “El Derecho Internacional Humanitario y los Retos de los Conflictos Armados Contemporáneos”, del 2 al 6 de diciembre de 2003, Ginebra, p. 21., ver en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5xymgj.htm>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014.

Omar Mullah, que luego de la retirada del ejército soviético tomó el poder *de facto* derrocando por la fuerza a su presidente de entonces, Burhanuddin Rabbani; el nuevo régimen nunca fue reconocido por la mayoría de los Estados de la ONU²⁰⁵.

La permanencia de Al Qaeda como grupo armado organizado activo, terrorista o cualquier otra calificación otorgada, es un reflejo de que posee disciplina y orden jerárquico, y tiene el poder económico e ideológico para mantener su estructura y organización a largo plazo; se conoce que cuenta además con jóvenes muyahidines ricos, de formación científica, como médicos, ingenieros y profesores. Sus miembros provienen de diversas nacionalidades de Estados árabes como Argelia, Arabia Saudita, Bangladesh, Egipto, Irak, Jordania, Malasia, Marruecos, Pakistán, Palestina, Tanzania, Tayikistán, Túnez, Siria, Sudan, Túnez, Uzbekistán, Yemen, y otros, que a lo largo de final del siglo XX y principios del XXI han incrementado su agrupación²⁰⁶.

Desde entonces, Al Qaeda consolidó su organización y su nombre, el cual de ninguna forma constituye un nombre genérico como el de delincuencia común organizada que se presenta en pequeños grupos pandilleros en los barrios o colonias de las grandes ciudades²⁰⁷. Luego de la retirada del ejército soviético, el grupo rebelde se reestructuró y pasó a ser una organización terrorista internacional de doctrina religiosa radicalista, y así ha continuado hasta nuestros días. Se da a conocer por los medios de comunicación tradicionales como la radio, la televisión y el internet; además, se sabía que estaba dirigido desde su fundación por Osama Bin Laden hasta su asesinato por fuerzas especiales navales estadounidenses el 2 de mayo de 2011, en la localidad de Abbottabad,

²⁰⁵ Bevy, Lawrence J., "Institute for Counter -Terrorism", en *Al - Qaeda: An Organization to Be Reckoned With*, Bevy, Lawrence J. (edit.), Novinka Books, Nova Science Publisher, New York, 2006, pp. 1-10 (1-2).

²⁰⁶ Bergen, Peter L., *Holy War, Inc.: Inside the Secret World of Osama bin Laden*, The Free Press, New York, Toronto, Sydney and Singapore, New York, 2001, p. 30; véase también informe preparado por Hudson, Rex A., "The Sociology and Psychology of Terrorism: Who Becomes a Terrorist and Why?", en *Library of Congress, Federal Research Division*, 1999, pp. 116-119, ver en http://www.loc.gov/rr/frd/pdf-files/Soc_Psych_of_Terrorism.pdf, fecha de consulta 28 de noviembre de 2013.

²⁰⁷ Los pandilleros, a menudo están compuestos por jóvenes que se sienten excluidos socialmente, por lo que comparten la misma ideología delincencial, adoptando ese estilo de vida como su *modus vivendi*. Su principal propósito está muy lejos de querer suplantarse gobiernos o controlar administrativamente un territorio, porque no poseen el poder político, económico, militar ni intelectual para hacerlo, que sí poseen los grupos armados organizados. En cambio, a diferencia de las pandillas, los grupos rebeldes e insurgentes que inclusive tienen en sus filas numerosos disidentes del gobierno central o de las fuerzas armadas regulares, se consideran organizados porque cuentan con disciplina y orden jerárquico estatutario entre sus miembros; tienen facilidad para la adquisición de armas; realizan entrenamientos de operaciones de combates; propugnan por un cambio de gobierno o el control de un territorio para administrarlo y formar gobierno propio.

situada al Norte de Pakistán; tras su muerte, fue sustituido por el egipcio Ayman Al-Zawahiri, máximo representante y actual jefe de mando hasta el momento²⁰⁸.

De esta premisa se deduce que el grupo posee estatutos por los cuales debe regirse y objetivos perseguidos, los cuales conocemos sólo por medio de radiodifusión, videos televisivos propagandísticos y, como hemos señalado, por el uso del internet. Las noticias vistas e informaciones recogidas por estos instrumentos, arrojan luz sobre qué reivindica y los objetivos por los cuales lucha.

Según pronunciamientos suyos²⁰⁹, su lucha tiene que ver por una parte con objetivos religiosos, como sacar las fuerzas estadounidenses del Golfo Pérsico y de la Península Arábiga, con la intención de expulsar a los cristianos y judíos de esos lugares santos, que reivindica como herencia musulmana; en cuanto a motivos de carácter político, busca persuadir a Estados Unidos de no apoyar a Israel en sus enfrentamientos contra los palestinos y los abusos que éste comete contra ellos, así como desarraigar la cultura americana, su influencia política y hegemónica global de muchos de los pueblos musulmanes²¹⁰. Estas pretensiones difieren de manera exponencial de los objetivos clásicos de los grupos armados organizados que combaten contra un Estado en su

²⁰⁸Blanchard, Christopher M., "Al Qaeda: Statement and Evolving Ideology", en *Al – Qaeda: An Organization to Be Reckoned With*, Bevy, Lawrence J. (edit.), Novinka Books, Nova Science Publisher, New York, 2006, pp. 11-27 (12). Respecto al asesinato de Osama, se incumplieron varias normas internacionales: del derecho internacional humanitario en caso de conflicto armado, de los derechos humanos en tiempo de paz y del derecho internacional general por violación a la soberanía de Pakistán, lugar donde fue asesinado. Véase al respecto, Ambos, Kai, "Se Hizo Justicia? La Legalidad del Asesinato de Bin Laden según el Derecho Internacional", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 104, época II, 2011, pp. 5-26. Es evidente que en caso de haber llevado a Bin Laden a juicio y obtener su posterior condena a muerte en un tribunal de Estados Unidos sobre todo, hubiera sido motivo de alegría para muchos, más aún para las víctimas de sus fatídicos hechos, pero es evidente que para otros, hubiera creado un clima de agitación internacional entre sus adeptos, con la subsiguientes amenazas y posibles atentados de sus seguidores, poniendo en peligro la paz internacional. Ha de pensarse que Estados Unidos conocía estas consideraciones, por ello se evitó entregar el cuerpo si vida a sus familiares, o sepultarlo en un lugar inaccesible al público.

²⁰⁹Murphy, Sean D., "Terrorist Attacks on World Trade Center and Pentagon Source", en *AJIL*, vol. 96, n. 1, 2002, pp. 237-255 (239).

²¹⁰Manikkalingam, Ram and Policzer, Pablo, "Transnational and Non-State Armed Groups Project: Al Qaeda, Armed Groups, and the Paradox of Engagement", en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University and Radcliffe Institute for Advanced Study*, 2007, pp. 1-27 (6), ver en http://www.academia.edu/167848/Al_Qaeda_Armed_Groups_and_the_Paradox_of_Engagement, fecha de consulta 29 de septiembre de 2013; Bergen, Peter L., *Holy War, Inc.: Inside the Secret World...*, loc. cit. *supra* en nota 206, pp. 26 y ss.; Byman, Daniel L., "Al-Qaeda as an Adversary: Do We Understand Our Enemy?", en *World Politics*, vol. 56, n. 1, 2003, pp. 139-163 (143-145); Geltzer, Joshua Alexander, "The Strategy of Al Qaeda", en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University on Transnational and Non-State Armed Groups Legal and Policy, Challenges*, King's College London, London, United Kingdom, 2007, pp. 1-25 (3).

interior, es decir, derrocar a un gobierno e imponer el suyo propio, o controlar una parte de un territorio, o simplemente demandar un cambio de gobierno arropado por el despotismo y la tiranía.

Por otra parte, el ejercicio de operaciones sostenidas y concertadas dentro de un territorio, como estipula el Protocolo Adicional II, puede fácilmente ser apreciado cuando hablamos de la intervención armada en Afganistán, donde se conoció que la organización terrorista realizaba sus operaciones de equipamiento, adiestramiento y entrenamientos. Aquí, el grupo combatió conjuntamente con el régimen caído de los talibanes, contra las fuerzas de ocupación de la Coalición, liderada por Estados Unidos²¹¹. Una vez desmanteladas sus operaciones en este país – aunque todavía quedan vestigios - se perfila como una organización terrorista global, cuyo teatro de operaciones lo constituye el mundo globalizado.

En consecuencia, mantener la antigua tradición por la que se califica de grupos armados organizados sólo a los grupos con denominaciones de fuerzas disidentes, rebeldes, insurgentes y otros, como Partes en un conflicto armado interno o en este caso transnacional, o a los integrantes en conjunto de cualquier movimiento o fuerza activa dentro de una guerra interna de forma objetiva, y excluyendo a las agrupaciones terroristas organizadas como Al Qaeda, dejaría sin la debida aplicación del derecho internacional humanitario a estos grupos y las obligaciones del Estado Parte durante el conflicto. Así podría estar pasando con el supuesto conflicto armado entre Estados Unidos y la organización terrorista de carácter transnacional; de obviarse la aplicación de las normas humanitarias básicas durante este conflicto – si es que actualmente existe -, se crearía una laguna jurídica de protección de consecuencias impredecibles y globales.

Por ello, existen autores que se han calificado a Al Qaeda como una organización terrorista, que tiene la estructura de un grupo armado organizado transnacional²¹² como

²¹¹ La forma empleada para reclutar adeptos sobre todo mediante el discurso de un lenguaje fundado en el radicalismo religioso, ha hecho que éste se expanda y se vaya cambiando su poderosa estructura organizada, la cual de por sí es muy compleja; sobre todo después de la intervención estadounidense en Irak y Afganistán.

²¹² Una parte de la doctrina lo cataloga como grupo armado organizado transnacional. Véase Ould Mohamedou, Mohammad - Mahmoud, "Non - Linearity of Engagement: Transnational Armed Groups,

una fuerza activa organizada, con mando responsable, que realiza operaciones sostenidas y concertadas en varios territorios, pese al esfuerzo de Estados Unidos en debilitar la Organización, lo que, al contrario, ha permitido descentralizar y dispersar sus operaciones, haciendo más difícil su desaparición²¹³.

La escalada de violencia, en el espacio que comprende la llamada “*guerra contra el terrorismo*” ocurrida mediante sendos ataques terroristas en el Metro de Madrid el 11 de marzo de 2004 y el Metro de Londres el 7 de julio de 2005, así como la serie de atentados fallidos en Francia y Barcelona, reivindicados por Al Qaeda a través de los medios de comunicación, específicamente la cadena árabe de Qatar Al Yazira (Al Jazeera), demuestra lo organizada y activa que es la organización, la profesionalidad y habilidad con que ejecuta sus actos, bien no en un espacio real de hostilidades.

2. El problema del reconocimiento de Al Qaeda como grupo armado organizado

A *sensu contrario*, existen elementos negativos que distancian a Al Qaeda de la denominación de grupo armado organizado para ser Parte en un conflicto armado transnacional. Ello se manifiesta porque, si bien la organización puede alcanzar objetivos militares, la mayoría de sus ataques son contra personas y bienes civiles y la población civil, suficiente para suponer que carece voluntad para poner en práctica el respeto al derecho internacional humanitario. En consecuencia, es poco previsible que Al Qaeda decida aplicar el Protocolo Adicional II.

En ese sentido, a pesar de que el derecho internacional humanitario exige en sí mismo a las Partes en conflicto respetar y aplicar el Protocolo Adicional II, so pena de incurrir en violaciones de sus normas, está sujeto a que los actores enfrentados adopten un compromiso serio de obligarse porque es cuestión de responsabilidad. Estados Unidos por un lado, aplica parcialmente el Protocolo, pero Al Qaeda por el contrario lo rechaza ni se observa el más mínimo empeño en obligarse a cumplirlo.

International Law, and the Conflict between Al Qaeda and the United States”, en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University*, July 2005, pp. 1-37, ver en http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Non-Linearity_of_Engagement.pdf, fecha de consulta 25 de septiembre de 2013; Jinks, Derek, “The Temporal Scope of Application...”, *loc. cit. supra* en nota 188.

²¹³Manikkalingam, Ram and Policzer, Pablo, “Transnational and Non-State Armed Groups...”, *loc. cit. supra* en nota 210, p. 5.

Estos elementos justifican en cierto modo la tesis señalada de que Al Qaeda de ninguna forma es un grupo armado organizado, y por lo tanto, lo descalifica para que se le aplique tan siquiera el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II, porque cae dentro de una agrupación encubierta de delincuentes comunes. Pero estos argumentos por sí solos difícilmente pueden imponer una corriente de pensamiento discorde con los nuevos tiempos que han transformado y diseñado otra forma de grupos armados organizados dentro de los actores no estatales, que muchas veces usan el terrorismo para alcanzar sus objetivos, incluyendo a los llamados grupos armados organizados que en un momento determinado se convierten en transnacionales al realizar actos hostiles contra otro Estado diferente del que les da cobijo, dando origen a los conflictos armados transfronterizos, podemos citar como ejemplo los señalados otrora: el Estado de Israel y Hezbolá, que opera en el Sur del Líbano; el Estado de Israel y Hamas, que opera en la Franja de Gaza, Palestina.

En ese sentido, muchas veces los Estados ignoran que un grupo armado organizado lo es por ciertos criterios y objetivos racionales, más que por la posición unilateral de un Estado. En consecuencia no es que un grupo de éstos o un movimiento activo en las hostilidades se abstenga de cumplir con los requisitos exigidos por el Protocolo Adicional II y para que se le reconozca como Parte en un conflicto armado, sino que casi siempre su denominación como grupo terrorista se da por cuestiones de índole política y conveniencia propia de los Estados para descalificar al grupo quienes son los que dominan la política internacional y con su discurso deciden quién puede participar en las hostilidades; con la finalidad de dejar sin aplicación el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, y disminuir la influencia del grupo como Parte enfrentada.

En un análisis de fondo se puede señalar que ambas partes asumen una determinada posición considerando su rol en la “*guerra contra el terrorismo*”, o “*conflicto armado*”, teniendo como problema el reconocimiento de Al Qaeda como grupo armado organizado.

III. Sobre la política de Estados Unidos hacia Al Qaeda que derivó en un conflicto armado interno transnacional tras los acontecimientos de 11S

Para iniciar, es preciso destacar que el terrorismo es considerado como un crimen de derecho internacional dependiendo del contexto en el que se produce y de sus efectos. Así tenemos que en caso de suceder en tiempo de paz puede ser tipificado como un crimen contra la humanidad, y en tiempo de guerra de igual manera, o bien un crimen de guerra²¹⁴.

En el siguiente elemento de análisis, la existencia de un conflicto armado, si se acepta que el conflicto entre Estados Unidos y Al Qaeda es ajeno a un conflicto armado, entonces Estados Unidos tenía el derecho legítimo bajo las normas internacionales que conciernen al terrorismo y el derecho internacional penal de perseguir y someter a los culpables y conspiradores de los atentados terroristas del 11S bajo el paraguas de los derechos humanos²¹⁵.

Esta política estadounidense se creyó agotada, porque había escasa probabilidad de que la aplicación de las reglas de procuración de justicia tuviera éxito en Afganistán²¹⁶. Primero, porque los crímenes nunca fueron cometidos en ese Estado; segundo, porque se supo que este Estado albergaba a miembros de la organización terrorista, que suponía un cierto apoyo a su causa; tercero, debido que ese país fue calificado como “Estado fallido”, es decir, sin recursos materiales ni jurídicos para perseguir, capturar y garantizar un juicio efectivo a los culpables hasta aplicar la condena adecuada, ni mucho menos para entregarlos con la finalidad de ser juzgados por otro tribunal independiente de los suyos; todo ello porque Afganistán estaba bajo el poder de un régimen tirano y antidemocrático.

No obstante, previo a la intervención armada, y a pesar de no mantener relaciones diplomáticas con Afganistán, Estados Unidos demandó del gobierno de los talibanes

²¹⁴Artículos 33 de la Cuarta Convención de Ginebra de 1947 Relativa a la Protección Debida de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra. Véase también en Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2003, p. 126.

²¹⁵Greenwood, Christopher, “International Law and the ‘War against Terrorism’”, en *International Affairs*, vol. 78, n. 2, 2002, pp. 301-317 (302).

²¹⁶Roth, Kenneth, “Leyes de Guerra en la Guerra contra el Terrorismo”, en *Foreign Affairs*, en Español, ITAM, vol. 4, n. 2, 2004, pp. 84-90 (90).

una serie de cuestiones que tal vez hubieran impedido dicha intervención como entregar a los responsables de los ataques del 11S, otorgar la libertad a los ciudadanos americanos encarcelados injustamente, cercar los campos de entrenamientos de los terroristas de Al Qaeda y entregarlos a instancias estadounidenses, permitir la entrada de los funcionarios de Estados Unidos para verificar la inexistencia de campos de entrenamientos, entre otros requerimientos; de inmediato, los talibanes condicionaron la demanda a la presentación de pruebas de la participación de Osama Bin Laden en los atentados²¹⁷.

En relación a este escenario creado por la potencia militar estadounidense, en nuestra opinión, los Estados deben evitar utilizar como excusa los inconvenientes que supone la ausencia de un estado de derecho en un país para de esa manera determinar si éste es capaz de garantizar la falta de hacer justicia, y deducir de esa manera que tiene derecho como causa justa a hacer uso de la fuerza armada contra otro Estado más débil, puesto que ello indica un uso excesivo de la misma que la comunidad internacional debe condenar con toda fuerza.

Siguiendo con el análisis, Estados Unidos y sus aliados optaron por perseguir a los culpables haciendo uso de la fuerza armada contra Afganistán y Al Qaeda, como respuesta militar a los atentados; en esa contienda depuso al régimen de los talibanes y todavía hasta ahora sigue cooperando con el nuevo régimen afgano contra algunas fuerzas talibanes clandestinas y contra otras fuerzas leales a la agrupación terrorista. Como se ha señalado, la principal motivación para la guerra fue el deseo de capturar a los responsables y cómplices de los ataques terroristas del 11S, encontrarlos, encausarlos y condenarlos, como una manera de ver satisfecho su deseo de justicia²¹⁸; de la misma manera, subsanar con ello el clima de inseguridad ciudadana producto de los ataques que experimentó Estados Unidos y su población. El derecho internacional humanitario pasó entonces a ocupar un papel preponderante en la búsqueda de una posible vinculación de los hechos ocurridos y el inicio de un posible conflicto armado transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda, que es nuestro objeto de análisis.

²¹⁷ Murphy, Sean D., “Terrorist Attacks on World Trade Center...”, *loc. cit. supra* en nota 209, pp. 243-244.

²¹⁸ Así lo proclamaba el ex presidente George Bush de manera oficial en su *National Strategy for Combating Terrorism*, de febrero de 2003.

En efecto, cuando Estados Unidos intervino en Afganistán, dio inicio a dos conflictos armados por separado: uno contra Afganistán, que por sus características de conflicto entre Estados es definido como internacional, y el polémico conflicto armado contra Al Qaeda establecido allí, el cual fue definido como transnacional. El común denominador que dio inicio a ambos conflictos lo constituyeron los señalados atentados terroristas del 11S, calificados como “ataque armado” por el gobierno estadounidense. Por tanto, bajo el pretexto de llevar a cabo su derecho inmanente de legítima defensa, Estados Unidos atacó e intervino en Afganistán porque este último se opuso a la entrega de los culpables y cómplices de dichos atentados terroristas, terminando de esta manera la vía diplomática y de requerimiento de cooperación de justicia.

En cualquier caso, si partimos de que la organización terrorista puede ser considerada como un grupo armado organizado, como los que contempla el Protocolo Adicional II, capaz de realizar operaciones sostenidas y concertadas en un territorio cualquiera que sea, entonces Estados Unidos tenía el legítimo derecho de perseguir y capturar a los supuestos responsables de los atentados terroristas miembros de la organización Al Qaeda por cualquier medio, incluyendo el uso de la fuerza armada. Sin embargo, al encontrarse los culpables dentro del territorio del un Estado, lugar donde llevaban a cabo sus operaciones concernidas y concertadas, Estados Unidos debió contar con la autorización de ese Estado para iniciar dicha persecución y captura de los responsables y cómplices del 11S, autorización que le fue denegada, por lo cual Estados Unidos intervino en el país para capturarlos y deponer al régimen de los talibanes afganos que se encontraba inmerso en una guerra civil. Dicha intervención originó entonces cuestionamientos sobre el *ius ad bellum* o bien la licitud del uso de la fuerza armada contra un Estado, prohibido por la Carta de la ONU de acuerdo a su artículo 2.4, y permitido sólo en casos excepcionales, según reza el artículo 51 de la misma Carta.

Por consiguiente, Estados Unidos inició un conflicto armado sin hacer una clara distinción jurídica entre los sujetos contra quienes debía ejercitar el uso de la fuerza armada: Al Qaeda o Afganistán. Para la potencia militar y global americana, Afganistán aparecía como el primer sujeto jurídico en su calidad de Estado con responsabilidades y obligaciones reconocidas en el derecho internacional, y de hecho lo hacía cómplice y participe de la acción señalada, por lo que emprendió una serie de ataques militares a gran escala y sin intervalos de tiempo en diversas partes del país, alegando el derecho de

legítima defensa, pero dejando de lado, en un análisis de fondo, a los autores *in situ*, quienes constituían la principal amenaza a sus intereses, afectados por el 11S, y que paradójicamente estuvieron a salvo de la escalada militar, sufriendo las consecuencias la población civil.

Debido a la subjetividad efímera con que cuentan los grupos armados organizados en determinadas circunstancias para aplicar el Artículo 3 común y el Protocolo Adicional II en un conflicto armado interno, la autoría de los atentados terroristas le correspondería, en principio, solamente a Al Qaeda, mas no al Estado que alberga. Aunque, si Estados Unidos consideraba igualmente responsable a Afganistán de manera implícita, debió partir de una serie de consideraciones sobre cuándo un grupo armado organizado o movimiento insurreccional actúa en nombre de un Estado. Al respecto, el Proyecto de Artículos de la CDI en su artículo 10 sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, arroja luz sobre cuándo los hechos de un movimiento como éste que controla una porción de un territorio difícilmente se le pueden atribuir al Estado²¹⁹.

Por consiguiente, al obviar Estados Unidos el agotamiento de todos los medios pacíficos en busca de los responsables y cómplices de los atentados terroristas del 11S, y en suma iniciar la intervención armada en Afganistán, tal acción parece reafirmar que consideraba a Afganistán subsidiariamente responsable de dichos atentados, pues asumía perfectamente que Al Qaeda se caracterizaba como un grupo armado organizado capaz de ser parte en un conflicto armado, cuya única forma de combatir se basaba en el uso de la fuerza armada.

Fue así como Estados Unidos adoptó una posición controvertida, reflejando una laguna jurídica en lo que al derecho de legítima defensa se refiere, y el hecho se agravó aún más cuando Afganistán se negó a reconocer como propios los ataques terroristas del 11S, de lo contrario hubiera sido una de las razones justificadas de la intervención, relacionada a la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de acuerdo al artículo 11 del Proyecto de Artículos de la CDI de 2001.

²¹⁹ Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 755.

En la cuestión de fondo, se puede señalar que se mostraron pruebas insuficientes que indicaran el control general ejercido por parte de Afganistán sobre la organización, pero aún así la autoría de los ataques le hubiera sido imputada por circunstancias especiales: directamente si fueron realizados por sus órganos o indirectamente mediante la atribuibilidad de los hechos, que se da por la combinación de varios factores citados precedentemente por la jurisprudencia del TPIY, siendo entonces ilícito ejercer el uso de la fuerza armada contra un Estado si no se cumplen los requisitos para el derecho de legítima defensa individual o colectiva.

Por lo tanto, en este tipo de conflicto con un actor no estatal y transnacional, es evidente que las hostilidades, para que se lleven a cabo, deben primero contar con el consenso del Estado que aloja al grupo armado organizado; si se hace sin su consentimiento porque es contrario a darlo o simplemente no lo desea, sería un argumento convincente para una intervención directa como en el caso en cuestión.

Además, es el procedimiento adecuado, porque todos los Estados deben prevenir que se use su territorio para hacer daño a otro Estado, siendo ésta una obligación de derecho internacional por la que están compelidos. Pero, por otro lado, puede que dicho Estado requerido rechace dar su consentimiento a la intervención armada extranjera, y por tanto acepte también participar en las hostilidades contra el Estado víctima²²⁰. El ejemplo se escenifica con la misma intervención en Afganistán.

En conclusión, tal como hemos apuntado, Estados Unidos conocía perfectamente que Al Qaeda se caracterizaba por ser un grupo armado organizado muy difícil de combatir por medios pacíficos, que aunque careciera de una estructura aparentemente similar a la de un grupo armado insurreccional o disidente dentro de un Estado que combate contra las fuerzas armadas de ese Estado o contra las de otro Estado diferente de donde realizan sus operaciones concernidas y concertadas, sí realizaban entrenamientos militares y operaciones especiales o quizás superiores a las de las fuerzas armadas regulares de los Estados. Ello es así, porque desde la intervención armada en Afganistán hasta la actualidad, las fuerzas estadounidenses se encuentran en territorio afgano combatiendo contra miembros de la organización Al Qaeda y contra las fuerzas insurgentes talibanes,

²²⁰Schöndorf, Roy S., “Extra-State Armed Conflicts:...”, *loc. cit. supra* en nota 192, p. 22.

es decir, se desarrolla una guerra de las llamadas guerras clásicas entre Estados, pero una de las fuerzas que combaten contra Estados Unidos y sus aliados es un grupo armado no estatal: Al Qaeda.

IV. Actos de terrorismo de Al Qaeda como actos de guerra

La respuesta de Al Qaeda a su sangrienta y enfurecida persecución en la llamada “*guerra contra el terrorismo*” y durante la intervención armada en Afganistán se ha caracterizado por atacar intereses estadounidenses y de potencias aliadas mediante el uso del terrorismo como táctica ilícita, que aparte de Afganistán abarca todo el mundo globalizado, pues, como hemos mencionado, se han producido ataques terroristas en los países que han participado en las intervenciones armadas de Afganistán (2001) e Irak (2003), como el Reino Unido, Francia, Alemania, España y otros Estados en menor medida, los cuales podrían constituir violencia prolongada de una Parte en conflicto, es decir, de Al Qaeda, como respuesta a la intervención armada en Afganistán, pero no está del todo claro que constituyan actos de violencia propio del conflicto armado transnacional, o si corresponden a hechos de violencia aislados, máxime cuando se cometen fuera del espacio geográfico de las confrontaciones, es decir, de Afganistán.

De momento el CICR percibe estos acontecimientos como propio del terrorismo internacional que desde siglos se han cometido en muchas partes del mundo sin que sean calificados como conflicto armado o bien que la respuesta a ello implique su existencia, para la Institución un ataque armado se percibe como un acto cometido por fuerzas armadas²²¹, y en ese sentido, es poco probable que los atacantes suicidas del 11S sean considerados como miembros de una fuerza armada (en este caso irregular) o de un grupo armado organizado, sino más bien “célula”.

De hecho se puede distinguir que el método usado por Al Qaeda para llevar su “guerra” contra Estados Unidos y aliados fuera del campo de batalla o bien de Afganistán, se fundamenta en atacar objetivos civiles más que militares. En este sentido, se ha entendido que los atentados terroristas no constituyen actos de guerra como los de un

²²¹ CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* nota en 204, pp. 20.

conflicto armado tradicional²²², aunque, si éstos se cometen en el contexto de un conflicto armado, también se pueden considerar actos de guerra cometidos en ese conflicto y por tanto caen dentro de las reglas del derecho internacional humanitario como apunta el CICR²²³, pero bajo la denominación de terrorismo cuando se cometen mediante un plan generalizado sistematizado contra la población civil y objetivos no militares.

En ese sentido, el uso del terrorismo como ataque armado en un conflicto armado, es usado como táctica militar ilícita para herir al enemigo y provocar el mayor daño posible de víctimas e infligir temor psicológico al adversario, y por ello puede acrecentar el recrudecimiento de las hostilidades entre las Partes. Se deduce entonces que un ataque armado en derecho internacional no necesariamente debe ser de naturaleza militar, como apunta Christopher Blankesley cuando hace referencia a los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad del artículo 7.1 a) del Estatuto de la CPI²²⁴; sino que también puede ser un ataque terrorista, ello indistintamente de que el uso del terrorismo cae dentro de los ataques indiscriminados contra la población civil y contra las mismas fuerzas opuestas en los conflictos armados, prohibidos por el derecho internacional general y la costumbre internacional²²⁵.

Por otro lado, además de utilizar el terrorismo clásico colapsando edificios públicos repletos de personas civiles o atacando trenes en las grandes ciudades, como destaca Joshua Alexander, la estrategia de Al Qaeda para luchar contra Estados Unidos principalmente en la “guerra santa”, incluye la perpetración de asesinatos, secuestros, toma de rehenes, bombardeos, ataques cibernéticos, ataques con coches bombas, ataques biológicos, misiles tierra aire, entre otras formas. Como segunda categoría usada para infligir daño al enemigo, las operaciones de insurgencia islámica llevadas a cabo en los campamentos de Afganistán e Irak, lo que presumiblemente podría separar

²²² Greenwood, Christopher, “International Law and the ‘War against Terrorism’”, *loc. cit. supra* en nota 215, pp. 305-306.

²²³ CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* nota en 204, p. 21.

²²⁴ Blankesley, Christopher L., “Ruminations on Terrorism & Anti-Terrorism, law & Literature”, en *University Miami Law Review*, vol. 57, n. 4, 2003, pp. 1041-1046 (1047).

²²⁵ Véase el Artículo 33 del Convenio IV de 1949, y Artículo 51.2 y .4 del Protocolo Adicional I. Ver Gasser, Hans-Peter, “Acts of Terror, “Terrorism” and International Humanitarian Law”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n. 847, pp. 547-570 (555-556).

los actos terroristas perpetrados por Al Qaeda de los actos de guerra de las operaciones de insurgencia islámica²²⁶.

En tal sentido, existe una diferencia muy marcada entre insurgencia y terrorismo. Mientras los insurgentes están organizados en escuadrones, batallones, brigadas, y desarrollan sus actividades en zonas parcialmente controladas, las organizaciones terroristas tienen otro tipo de organización muy diferente a la militar, están compuestas por pequeños grupos secretos o células. Así, queda claro que las operaciones llevadas a cabo por grupos islámicos leales a Al Qaeda van ligadas a la perpetración del terrorismo, alertadas por las ideologías de la organización terrorista. Se teme entonces que dichas operaciones de insurgencia acompañadas de actos terroristas, podrían degenerar en una cruzada contra Estados Unidos convertida en insurgencia islámica populares en todos los Estados árabes del mundo, como apunta Michael Scheuer²²⁷. Por consiguiente, si el propósito de Al Qaeda en última instancia es ésta, se podría denominar a la organización como una insurgencia islámica transnacional, cuyo principal propósito como señalamos consiste en acabar con la influencia política de Estados Unidos en el mundo árabe mediante el uso de la violencia y el terrorismo preferentemente, usados para deponer gobiernos leales a Estados Unidos.

En ese sentido, es su dimensión global lo que ha convertido a la organización terrorista en una insurgencia islámica transnacional. Recordemos que desde sus inicios Al Qaeda emergió como un grupo insurgente con la propagación de una serie de ideas alternas al sistema político socialista y marxista, dominante durante la reiterada intervención soviética en Afganistán (1979-1989); su asentamiento en territorio afgano sin ningún reparo por parte del gobierno de turno, demuestra que tuvo permiso esta vez para entrenar unos 18 mil combatientes en ese Estado, que luego fueron dispersados por el mundo; se deduce entonces que para ello debió concertar un acuerdo con el régimen talibán; en fin, estas consideraciones relativas lo colocan con rasgos distintivos de insurgencia también ²²⁸.

²²⁶Joshua, Alexander Geltzer, "The Strategy of Al Qaeda", *loc. cit. supra* en nota 210, 14.

²²⁷Scheuer, Michael, "Through Our Enemies' Eyes: Osama Bin Laden, Radical Islam, and the Future of America", Potomac Books Inc, 2da. ed., The United States of America, 2005, p. 216.

²²⁸Morris, Michael F., "Al Qaeda as Insurgency", en *Joint Force Quarterly*, n. 39, 2005, pp. 41-50 (42).

Por tanto, a menudo las organizaciones terroristas y las insurgencias perpetración actos de terrorismo con toda su ilicitud para conseguir sus objetivos. Así, los ataques terroristas de la autoría de Al Qaeda fuera del campo de batalla ó bien de Afganistán, caen dentro de la línea a la que hacemos referencia, es decir, actos indiscriminados, intimidatorios, muy temerarios y activos. De todos modos, siguiendo la línea marcada por el CICR, hasta el presente, los actos terroristas no han sido catalogados como actos de guerra cuando son cometidos por agrupaciones terroristas, siendo considerados como tales sólo los actos de grupos armados disidentes o insurgentes en un conflicto armado o una guerra civil²²⁹, por lo que en principio, se sigue descalificando al grupo para ser Parte de una guerra o conflicto armado.

Sin embargo, Estados Unidos entendió y divulgó que los actos terroristas del 11S fueron actos de guerra, al tiempo que declaró la “*guerra contra el terrorismo*”. De esta manera, el ex presidente George W. Bush influenció al Congreso para que declara el estado de emergencia nacional, le otorgara poderes especiales y le autorizara a usar la fuerza armada contra los responsables de los atentados²³⁰, que a la luz del artículo 2 de los Convenios de Ginebra de 1949, supone una declaración oficial de guerra, aunque ello carezca de ser relevante²³¹ pues el inicio mismo de un conflicto armado hace innecesaria tal declaración.

En ese mismo orden, los Convenios de Ginebra no dan pautas de cómo deben realizarse los ataques contra el enemigo, pero el hecho de que hagan mención sobre personas y bienes civiles y objetivos militares, es una guía de cómo las Partes deben conducirse en la guerra. Tal señalamiento se hace en procura de proteger en todo caso a la población

²²⁹ Por ejemplo, España nunca ha valorado los ataques terroristas de Euskadi Ta Askatasuna (ETA) como actos de guerra. No obstante saber que este grupo tiene un alto grado de organización, se sabe que tiene líderes que lo dirigen, y la zona del País Vasco es el territorio por el que propugna por su independencia, además de ser el lugar donde principalmente planea sus acciones y actividades.

²³⁰ Vierucci, Luisa, “Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are Entitled”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 2, 2003, pp. 284-314 (287); Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., “Congressional Authorization and the War on Terrorism”, en *Harvard Law Review*, vol. 118, n. 7, 2005, pp. 2047-2133.

²³¹ El artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 hace referencia a la guerra declarada para que los Convenios comiencen a aplicarse, pero también hace énfasis en cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o más Altas Partes Contratantes, que indica que la declaración de guerra no es un criterio absoluto, por lo que la misma se hace irrelevante. Ver Szpak, Agnieszka, “The Status of the Guantánamo Detainees”, en *Eastern European Humanitarian Law Journal*, vol. 2, n. 2, 2005, pp. 1-14 (2-3); Rouillard, Louis-Philippe F., “The Combatant Status of the Guantanamo Detainees”, en *Law Journal Special Issue*, vol. 1, n. 1, 2005, pp. 21-45 (24).

civil, el cual es una obligación pura y simple en un conflicto armado, al tiempo que su violación acarrea responsabilidad internacional penal a quienes violaren dichas normas. No obstante, si tomamos como válido el argumento de que sólo los ataques armados distintos del terrorismo son aceptados como elementos constitutivos de los conflictos armados, entonces se aleja cada vez más la posibilidad de que se reconozcan los enfrentamientos entre Estados Unidos y Al Qaeda como un conflicto armado transnacional y con ello la aplicación del derecho internacional humanitario.

La tesis precedente podría tener sentido lógico sólo si hablamos del terrorismo producido por una o varias personas a lo interno de los Estados, sin importar la nacionalidad del perpetrador. Así se entendía antes de los atentados terroristas del 11S, ya que el terrorismo llevado a cabo contra personas civiles perpetrado por Al Qaeda se reducía a simples actos de violencia extrema por parte de sus miembros radicales, por lo que Estados Unidos y la comunidad internacional excluían la idea de la existencia de un grupo armado con la suficiente organización para ser autor de una persecución a gran escala. Sin embargo, luego de los atentados del 11S, se determinó que Al Qaeda representaba una organización de dimensiones extraordinarias, compuesta por miles de miembros alrededor del mundo, que realizaba operaciones concernidas y concertadas en un territorio, lo que, tal como subrayamos después de la persecución iniciada por Estados Unidos, sobre todo en la Guerra de Afganistán, hizo que dicha organización adquiriera poder y posición global como una fuerza temida y amenazadora sin límites ni rostro, que impedían predecir sus posibles blancos de ataque, por lo que combatirla constituía un gran desafío para la potencia americana.

En consecuencia, el terrorismo como actos de guerra, considerado así por Estados Unidos²³², al margen de la doctrina y las convenciones internacionales relativas al derecho internacional humanitario, lejos de disminuir el panorama hostil, lo prolonga de manera indefinida, haciendo que esta discusión se encuentre en el centro del derecho internacional. En este sentido, una mirada a las leyes de la guerra en particular, parece excluir al terrorismo como parte de las hostilidades en un conflicto armado, en la medida que se realiza contra la población civil y objetivos no militares, con sus

²³² Vid. *National Strategy for Combating Terrorism*, de febrero de 2003, por el ex presidente de Estados Unidos, George Bush, pp. 1-30 (1). Vid. <http://www.state.gov/documents/organization/60172.pdf>, fecha de consulta 25 de septiembre de 2013.

respectivas consecuencias a quien lo comete. Además, el factor continuidad le resta fuerza a estos “actos de guerra” para incluirlos como parte de las hostilidades de un conflicto armado.

V. ¿Es susceptible un acto terrorista de ser calificado como un ataque armado que pudiera dar inicio a un conflicto armado?

Si la represión de los actos terroristas de la magnitud del 11S no hubiera desencadenado respuesta militar contundente, parece indicar que en principio los actos terroristas no pueden justificar el ejercicio de la fuerza armada contra los responsables, en este caso, un grupo armado no estatal transnacional como lo es Al Qaeda; y que hacerlo significa extender más allá de los actuales niveles de beligerancia e insurgencia el concepto de guerra²³³, sin embargo, la magnitud de los ataques del 11S cambiaron el curso del pensamiento. Por lo menos ahora, la creencia de que un grupo armado transnacional u organización terrorista puede ser una Parte en una guerra y por consiguiente de que haya un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda ha sembrado dudas sobre los escépticos que antes estaban ausentes²³⁴.

En efecto, las hostilidades extraterritoriales entre un Estado y un grupo armado organizado o actor no estatal transnacional suponen considerar una serie de cuestiones que aún se encuentran sin adecuación en el derecho de los conflictos armados y en el derecho internacional en general, o bien tampoco han sido definidas para que se considere un conflicto armado. Como por ejemplo, si los ataques perpetrados por un actor no estatal contra un Estado pueden dar lugar al uso de la fuerza contra ese actor e iniciar un conflicto armado transnacional, por el derecho de legítima defensa individual o colectiva que le asiste al Estado que sufre dichos ataques; pues hasta la intervención de Afganistán en 2001 para perseguir a la organización terrorista especialmente, se entendía que el uso de la fuerza armada en respuesta a un ataque armado sólo se podía ejercitar entre Estados.

²³³Paust, Jordan J., “War and Enemy Status After 9/11:...”, *loc. cit. supra* en nota 202, p. 327; Murphy, Sean D., “Terrorist Attacks on World Trade Center...”, *loc. cit. supra* en nota 209, p. 239.

²³⁴Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., “Congressional Authorization and the War on Terrorism”, *loc. cit. supra* en nota 230, p. 2066; Paust, Jordan J., “War and Enemy Status After 9/11:...”, *loc. cit. supra* en nota 202, p. 326; Cassese, Antonio, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, en *EJIL*, vol. 12, n. 5, 2001, pp. 993-1001 (993).

Se ha dado por entendido entonces que los ataques terroristas del 11S, pese a ser cometidos por una organización terrorista y calificados de atentados terroristas, se han visto como un ataque armado contra Estados Unidos, susceptible incluso de suscitar el uso de la fuerza armada como legítima defensa; al tiempo que se señalan como el acto desencadenante del conflicto armado debido a que, como hemos indicado, es a partir de estos ataques que se obtiene respuesta militar por parte de Estados Unidos²³⁵, no así cuando Al Qaeda perpetró el renombrado intento de destrucción del World Trade Center en 1993 y 1996, y los destacados atentados terroristas a las embajadas estadounidenses el 7 de Agosto de 1998 en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania), así como el ataque al buque USS Cole en la costa de Yemen el 12 de Octubre de 2000.

El hecho de que los atentados terroristas del 11S no hayan sido realizados por fuerzas armadas regulares de ninguna forma es un obstáculo para considerar que estos atentados de dimensiones y efectos incalculables puedan ser equiparables a ataques reales como los ejecutados por las fuerzas armadas regulares de un Estado. Así lo entendió la CIJ en su jurisprudencia sobre el caso *Nicaragua*, al señalarse que un ataque armado puede ser cometido no sólo por las fuerzas armadas regulares que traspasan una frontera internacional, sino también por bandas o fuerzas irregulares o mercenarios enviados por un Estado para que realicen actos en su nombre²³⁶. De ahí que el hecho de que un Estado utilice un grupo armado cualquiera para cometer un atentado – llámese terrorista - contra otro Estado, tampoco impide que se considere esa acción como un ataque armado, y que sea por tanto reprimido por el Estado víctima.

Sin embargo, se alude a que la escasa información obtenida en principio de la autoría de los atentados, y que dichos actos tengan similitud a los que realizan las organizaciones de naturaleza terrorista, así como el poco interés por parte de Estados Unidos y la renuencia del Consejo de Seguridad de equiparar tales atentados terroristas a un ataque armado en sus Resoluciones 1368 (2001) de 12 de Septiembre y 1373 (2001) de 28 de septiembre, dificultaban en mucho considerar esa circunstancia como la existencia real

²³⁵ Taft, William H., The Law of Armed Conflict 9/11: Some Salient Features, en *Yale Journal of International Law*, vol. 28, n. 2, 2003, pp. 319- 324 (320).

²³⁶ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities... *loc. cit. supra* nota 47, pp. 103-104, par. 195.

de hostilidades o un estado de guerra latente por lo menos antes de la intervención en Afganistán el 7 de Octubre de 2003²³⁷.

En efecto, si un acto terrorista realizado por un actor no estatal como una organización terrorista internacional se considera un ataque armado, ello equivaldría también a afirmar que un Estado puede ser objeto de una agresión por un actor no estatal, ya que un ataque armado va vinculado a un acto de agresión. La Asamblea General de la ONU en su Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974²³⁸, trató de definir la agresión contra un Estado como el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, integridad territorial e independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de la ONU, dando a entender que un ataque armado sólo podía ser perpetrado por un Estado o sus órganos.

Sin embargo, los actos considerados como agresión según la Resolución señalada no son exhaustivos, pues el artículo 4 prevé la posibilidad de que Consejo de Seguridad disponga cuáles otros actos pueden ser catalogados como agresión. Es plausible entender que bandas armadas o grupos armados irregulares pueden perpetrar los mismos actos pero sin reunir elementos suficientes para responsabilizar también al Estado desde donde se perpetró el ataque, o simplemente que no haya sido autorizado por ningún otro Estado. Dicho de otra manera, si no hay participación sustancial de un Estado en un acto de agresión o ataque armado perpetrado por fuerzas armadas irregulares, bandas o mercenarios, entonces es posible que de acuerdo al enunciado en el artículo 4, el Consejo de Seguridad pueda indicar también que, a tales efectos, que dicho acto de agresión es de responsabilidad exclusiva de quienes lo perpetraron, es decir, de la banda armada o grupo armado de manera particular.

²³⁷ Vierucci, Luisa, "Prisoners of War or Protected Persons...", *loc. cit. supra* en nota 230, p. 289.

²³⁸ Bajo el término agresión, la Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974, la define con una serie de actos que pudieran realizar las fuerzas armadas de un Estado contra otro: como la invasión y ocupación militar, sea temporal o continuada, o toda anexión de un territorio o parte de él; el bombardeo o el empleo de cualquier arma; bloqueo de puertos o de costas; el ataque terrestres, aéreo, navales o cualquier otro medio contra de las fuerzas mercantes o aéreas; utilizar fuerzas armadas con el consentimiento de otro Estado, pero violando los acuerdos suscriptos; permitir que un Estado al que se le ha autorizado estar presente en un territorio, perpetre actos de agresión contra un tercer Estado; el envío de un Estado o que actúe en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada equiparables a los actos señalados, o la participación sustancial en esos actos.

En esa misma línea, respecto a la represión de un ataque armado, la Carta de las Naciones Unidas prevé el uso de la legítima defensa cuando un Estado es objeto de ello, pero rehúsa ofrecer detalle respecto de quién debe provenir ese ataque, si de un Estado o de un grupo armado no estatal. Por lo tanto, al omitirlo, se puede entender que un ataque armado puede provenir inclusive de un grupo rebelde y ser reprendido por el Estado víctima de ese ataque, como ha acontecido otrora. Se pone el ejemplo del incidente estadounidense-británico por el ataque al *Caroline* de 1837, lo que podría significar que un Estado puede ejercitar su derecho de legítima defensa contra un ataque de un actor no estatal alojado en otro Estado.

El profesor Remiro Brotóns es de los juristas que admiten esta posibilidad de que un Estado ejercite el derecho de legítima defensa proveniente de un ataque armado de un actor no estatal, pero agrega que una acción terrorista puede ser considerada un ataque armado si la organización terrorista mantiene un control sobre el espacio que domina y sus recursos, manejando siempre cada caso en concreto. En opinión del especialista, Estados Unidos debía haber distinguido la persecución de Al Qaeda en Afganistán de los talibanes, y no un todo en conjunto; pone también el ejemplo de la intervención armada de Israel sobre el Líbano contra Hezbollah en 2006, que debió realizarse contra las zonas controladas por la organización en el sur del río Litani²³⁹.

Pero la forma de atacar al enemigo en un conflicto armado mediante el uso del terrorismo, supone para algunos grupos armados formas estratégicas y tácticas que impliquen la derrota del adversario u ocasionarle el mayor daño posible. Así, los actos realizados por un movimiento de liberación nacional pueden inclusive ser calificados como actos terroristas bajo el paraguas de ataque armado, pero regulados por el derecho internacional humanitario como crímenes de lesa humanidad o de guerra. Piénsese por ejemplo en los ataques contra la población civil israelí realizados por los palestinos en su lucha por la liberación de sus tierras en los territorios ocupados por Israel; estos ataques, aparte de ser vistos como terrorismo clásico o guerra de guerrilla, son también ataques armados, sólo que al no ser contra objetivos militares, constituyen crímenes de guerra por realizarse con la intención de sembrar terror contra la población civil²⁴⁰.

²³⁹ Remiro Brotóns, Antonio y otros, *Derecho Internacional...*, loc. cit. supra en nota 219, p. 1072.

²⁴⁰ Cassese, Antonio, "The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 5, 2006, pp. 933-958 (954).

No obstante, cuando un movimiento de liberación nacional realiza actos hostiles contra fuerzas armadas u objetivos militares, inmediatamente se tiende a llamar esos actos como actos terroristas, es decir, se tiende a denigrar los ataques con el fin de declararlos ilícitos ya que el terrorismo es siempre una conducta punible. La tesis más aceptada y compartida actualmente es que si esos ataques realizados por el movimiento de liberación nacional o grupo armado son contra las fuerzas armadas u objetivos militares no hay porqué llamarlos actos terroristas para declararlos ilícitos esperando en evitar la inmunidad penal de quienes los cometen, en cambio, sí podrían ser actos terroristas si se realizan contra la población civil al caer estos dentro del terrorismo puro y simple, y no pueden constituir crímenes de guerra²⁴¹, sino de lesa humanidad.

Por otra parte, hay una tendencia creciente dirigida a tipificar doblemente los actos que cometen los grupos armados organizados sin importar si se ejecutan contra personas civiles o fuerzas enemigas, cuando se cometen de manera sistemática. Esta tesis sigue en discusión y en este lapso ha sido una de las premisas que los propios redactores del TPIR y el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) consideraron adjudicarse los actos terroristas como parte de su competencia²⁴².

En consecuencia, el terrorismo se queda corto para desvincularlo de los actos de guerra a los que puede incurrir un determinado grupo de personas, con la finalidad de descalificar a quienes lo cometen y evitar que dichos actos influyan en la determinación de la existencia de un conflicto armado, es decir, no se pueden excluir estos actos hostiles de los hechos que pueden ocurrir en un conflicto armado, mucho menos si dicho conflicto persiste y se prevé duradero²⁴³.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 955-956.

²⁴² Artículo 4. d) del Estatuto del TPIR, sobre actos de terrorismo circunscriptos bajo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II. Artículo 3. d) del Estatuto del TESL, establecido por el Consejo de Seguridad de la ONU, por medio de la Resolución S/RES1315, de 14 de Agosto de 2000, y suscrito mediante un acuerdo entre el Secretario General de la ONU el gobierno de Freetown el 16 de Enero de 2002.

²⁴³ Byman, Daniel L., "Al-Qaeda as an Adversary:...", *loc. cit. supra* en nota 210, p. 158; Piris, Alberto, "Apuntes sobre la Guerra "Asimétrica", en *Paz y Conflicto en el Siglo XXI: Tendencias Globales*, M. Mesa (coord.), Anuario 2007-2008, n. 2, Ceipaz Barcelona, Icaria, 2007, pp. 135-140.

VI. El derecho de legítima defensa contra un ataque terrorista que podría ser calificado de ataque armado

La intervención en Afganistán en 2001 en respuesta a los atentados terroristas del 11S despejó la duda de que un Estado puede reprender un ataque armado de un actor no estatal con base en su derecho de legítima defensa individual o colectiva por lo menos en la *praxis*; ello se materializó cuando Estados Unidos desencadenó la persecución contra Al Qaeda partiendo de la intervención en Afganistán en 2001, Estado este que daba cobijo a los autores y cómplices de los atentados terroristas.

Por lo tanto, es necesario precisar que resulta difícil desvincular la persecución de Al Qaeda tras los atentados del 11S de la intervención armada en Afganistán en 2001, ello es así porque, como hemos reiterado en varias ocasiones, es por medio de ese episodio por el cual se inicia el conflicto armado transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda. En ese sentido el análisis se centrará en estudiar la legalidad de dicha intervención armada proveniente de los atentados terroristas del 11S y del ejercicio del derecho de legítima defensa contra un ataque terrorista de un actor no estatal, de la organización terrorista de manera particular.

En ese sentido, la rápida respuesta por parte de Estados Unidos a los acontecimientos del 11S para emprender su derecho de legítima defensa contra el autor de esos atentados, ha suscitado opiniones a favor y en contra por los especialistas en la materia. Por lo tanto, necesario analizar la licitud de dicha actuación para comprender si verdaderamente el gobierno norteamericano obró dentro del marco jurídico legal internacional, pues existen razones justificadas que indican que la intervención en Afganistán como consecuencia del 11S para perseguir y capturar a los responsables se encontraba fuera de la legalidad internacional.

En efecto, la ejecución de actos terroristas no parece indicar que en principio éstos puedan justificar el ejercicio de la fuerza armada contra los responsables, aunque estos constituyan grupos armados no estatales y transnacionales de tendencia terrorista, precisamente porque la represión de los actos terroristas por medio del uso de la fuerza armada de ninguna forma constituye una práctica a la que recurren los Estados para dar inicio a un conflicto armado, precisamente porque dicho hecho tampoco constituye un

acto exterior contra la soberanía del Estado, sino que, al ser actos cometidos por delincuentes comunes u organizaciones criminales dentro de un Estado, los tratados internacionales sobre la lucha contra el terrorismo propugnan la prevención y la prohibición, tipificando como delitos a todos los hechos que tengan analogía con el terrorismo. Los mismos tratados contienen la disposición de juzgar o extraditar de acuerdo a la regla *aut dedere aut judicare* y al principio de la cooperación internacional en materia judicial contra quienes cometan actos terroristas.

Por lo tanto, combatir los actos terroristas por medio del uso de la fuerza armada teniendo la certeza de que dichos actos no son cometidos ni patrocinados por Estados, significa extender más allá de los actuales niveles de beligerancia e insurgencia el concepto de guerra²⁴⁴. Sin embargo, la magnitud de los ataques del 11S cambió el pensamiento doctrinal. A raíz de la intervención armada en Afganistán en 2001 y la consecuente persecución de Al Qaeda como excusa, se ve cada vez más ajustada la creencia de que un grupo armado transnacional de carácter terrorista puede ser combatido por medio del uso de la fuerza armada con la correspondiente ilegalidad internacional de dicho acto si no se comprueba el control general ejercido por el Estado que alberga al grupo relacionado con el hecho cometido. Pero esta opinión continúa en debate, hay quienes persisten en el uso de la cooperación internacional en materia judicial para luchar contra el terrorismo como la forma más plausible²⁴⁵.

Es así, porque resulta difícil entender que el ejercicio de la legítima defensa individual o colectiva pueda ejercitarse contra un ataque terrorista cometido por una organización criminal, a menos que, como ya se ha dicho, se pueda comprobar que un Estado haya contribuido de manera eficaz a su consumación. En el caso de la intervención armada en Afganistán en 2001, Estados Unidos nunca probó que dicho país había cooperado de manera eficaz en la realización de los atentados terroristas del 11S, salvo algunas conjeturas que tibiamente se referían a la participación del gobierno afgano, entre ellas, darle alojamiento a una organización terrorista conocida por usar el terrorismo como

²⁴⁴Paust, Jordan J., "War and Enemy Status After 9/11:...", *loc. cit. supra* en nota 202, p. 327; Murphy, Sean D., "Terrorist Attacks on World Trade Center...", *loc. cit. supra* en nota 209, p. 239.

²⁴⁵Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., "Congressional Authorization and the War on Terrorism", *loc. cit. supra* en nota 230, p. 2066 Paust, Jordan J., "War and Enemy Status After 9/11:...", *loc. cit. supra* en nota 202, p. 326; Cassese, Antonio, "Terrorism is Also Disrupting Some...", *loc. cit. supra* en nota 234, p. 993.

medio sanginario para conseguir sus objetivos, como efectivamente sucedió en los actos terroristas de agosto de 1998 contra las renombradas embajadas estadounidenses en el sureste de África, en Nairobi y Dar es Salaam; pero de ninguna forma se puede afirmar que el gobierno afgano haya ejercido control general sobre la organización terrorista al momento de cometer los atentados del 11S.

No obstante, si se hubiera comprobado que el gobierno afgano fue de igual manera responsable de los ataques terroristas, el ejercicio de la legítima defensa debe cumplir con los criterios clásicos aceptados hoy como derecho consuetudinario por la mayoría de los Estados, formulados el 24 de abril de 1841 en el citado caso del *Caroline*. En aquella época, Daniel Webster, Secretario de Estados Unidos, dirigió una carta al ministro británico Henry Fox, tras el incidente del *Caroline*, donde requería el estado de necesidad, proporcionalidad e inmediatez para que la respuesta basada en el derecho de legítima defensa frente a un ataque armado sea justo y acorde con el derecho internacional²⁴⁶. Además, se agregan otros elementos a cumplir como la provisionalidad y la subsidiariedad.

En efecto, la CIJ ha señalado la necesidad de cumplir con estos presupuestos para que el ejercicio de la legítima defensa sea efectivo y acorde con el derecho internacional, jurisprudencia que debe observarse, inclusive cuando un ataque armado provenga de un grupo armado no estatal, y el Estado legitimado use la fuerza armada para responder al ataque.

²⁴⁶ El incidente del *Caroline* de 1837 consistió en que las fuerzas armadas británicas con asiento en Canadá, cruzaron la frontera con Estados Unidos, y al otro lado del río Niágara (cerca de Buffalo, New York, Estados Unidos) atacaron a los rebeldes canadienses que iban a bordo de un barco estadounidense llamado *Caroline*, que transportaba armas para ser utilizada por los rebeldes canadienses, quienes planificaban un ataque contra las tropas británicas en Canadá, en el que murieron dos ciudadanos americanos. El gobierno estadounidense protestó la acción con una nota diplomática, y los británicos arguyeron que la acción ejercida estaba justificada conforme a la doctrina tradicional del derecho de legítima defensa, y nuevamente el gobierno estadounidense ripostó que, ciertamente, el derecho de legítima defensa puede ejercitarse contra individuos y contra naciones, pero ello debe estar sujeto a las condiciones de necesidad y proporcionalidad, y analizar las circunstancias de cada caso particular. Vid. Scott, Shirley V., y otros, *International Law and the Use of Force: A Documentary and Reference Guide*, Greenwood Publishing Group, United States of America, 2010, p. 126; Reichberg, Gregory M. y otros, *The Ethics of War: Classic and Contemporary Readings*, Gregory M. Reichberg, Henrik Syse and Andre Begby (eds.), Blackwell Publishing, 2006, U.S., pp. 562-563; Pérez González, Manuel, “La Legítima Defensa Puesta en su Sitio: Observaciones Críticas sobre la Doctrina Bush de la Acción Preventiva”, en *REDI*, vol. LV, n. 1, 2003, pp. 187-204 (192).

Es en la controversia sobre la destrucción por parte de Estados Unidos de plataformas petroleras iraníes en respuesta a sendos ataques a dos barcos petroleros de matrícula estadounidense (República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América, 2003)²⁴⁷, donde la CIJ señaló que Estados Unidos debía probar los siguientes postulados para el ejercicio de la legítima defensa: a) Estados Unidos debe demostrar que los ataques eran de tal naturaleza que sean equiparables a ataques armados en el sentido de la expresión señalada en el artículo 51 de la Carta de la ONU y el derecho internacional consuetudinario en el uso de la fuerza, b) que Irán ha sido el responsable de los ataques armados; b) y que la destrucción de las plataformas petroleras iraníes queda justificado para el ejercicio del derecho de legítima defensa, c) que sus acciones era necesarias y proporcionales, d) que las plataformas iraníes eran un objetivo militar legítimo para recibir un ataque en virtud del derecho de legítima defensa.

Como respuesta, la CIJ encontró que Estados Unidos no pudo probar que Irán haya sido el responsable de los ataques en virtud de las pruebas presentadas, y que por tanto Estados Unidos haya sido objeto de un ataque armado. En base a esa conclusión, a la CIJ le fue imposible comprobar todas sus pretensiones, como que la destrucción de las plataformas hayan sido justificada en virtud del derecho de legítima defensa, porque carecía de ser un objetivo legítimo, al no probarse la presencia de actividades militares en ellas o que fueran utilizadas para colocar minas y atacar buques neutrales, más bien, según la CIJ, Estados Unidos observó a las plataformas como objetivos de oportunidad y no militar; además, encontró que la destrucción de las plataformas fue

²⁴⁷El 19 de Octubre de 1987, bajo la operación Mantis religiosa, Estados Unidos utilizó 4 destructores misiles para destruir varias plataformas petroleras iraníes en el Golfo Pérsico, la Result, Reshadat, Salman y Mar, operadas por la Compañía Nacional de Petróleos de Irán; según el gobierno estadounidense, la aniquilación de las plataformas obedece al ejercicio de la legítima defensa por el ataque lanzado desde la Península FAO, ocupada por Irán desde 1986, contra el barco-petrolero kuwaití Sea Isle City, de matrícula estadounidense. De la misma manera, entre el 14 y 18 de abril de 1988, Estados Unidos volvió a atacar instalaciones petroleras en el Golfo Pérsico, propiedad de la misma empresa iraní, la Compañía Nacional de Petróleos, incluyendo las plataformas de petróleo NIOC; esta vez como respuesta a la destrucción del USS Samuel B. Roberts, por haber golpeado una mina a unas 60 millas del este de Bahrein en el Golfo Pérsico. El gobierno iraní en ambos hechos negó haber tenido responsabilidad. Vid. CIJ, *Islamic Republic of Iran v. United States of America* (Case Concerning Oil Platforms Judgment of 6 November 2003), Reports of Judgments, pars. 51, 59, 61, 64, 74, 76 y 77. Vid. comentarios sobre la sentencia en Stewart, Young M., "Destruction of Property (on an International Scale): The Recent Oil Platforms Case and the International Court of Justice's Inconsistent Commentary on the Use of Force by the United States", en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 30, n. 2, 2004, pp. 335-377.

desproporcional a los ataques sufridos por los petroleros estadounidenses, puesto que Irán a parte de sufrir la pérdida de las plataformas petroleras, también le fueron destruidas dos fragatas, buques de guerra y aviones; en cambio, si bien es cierto que Estados Unidos sufrió daños en un buque de guerra, éste no se hundió ni resultó en pérdida de vidas. En conjunto, la Operación Mantis Religiosa fue desproporcional al uso de la fuerza en legítima defensa.

La actuación estadounidense contra Afganistán cae dentro de una interpretación excesiva del concepto por el cual un Estado es manifiestamente responsable por hechos cometidos por un actor no estatal que ha actuado de manera independiente. En Afganistán 2001 Estados Unidos actuó de forma contraria al ejercicio del derecho de legítima defensa a la que había recurrido en situaciones similares, cuando decidió atacar el 20 de Agosto de 1998 varios campos de entrenamientos de Al Qaeda en Afganistán y Jartum (Sudán) como respuesta a los atentados terroristas a las embajadas estadounidenses de 7 de Agosto de 1998 en Nairobi y Dar es Salaam; allí su actuación fue mercedamente necesaria, inmediata y proporcional.

En nuestra opinión, Estados Unidos ha sentado un precedente negativo en cuanto al ejercicio de la legítima defensa individual o colectiva se refiere. Aunque se haya considerado improbable que el gobierno de Afganistán entregase a los autores intelectuales y materiales del 11S recluidos en ese país, Estados Unidos debió analizar hasta qué punto el gobierno afgano era también responsable, y utilizar los mecanismos pertinentes que de acuerdo a la responsabilidad internacional del Estado sea más factible aplicar. Por lo tanto, faltó el factor determinante que de alguna manera u otra hubiera influido en el ex presidente estadounidense George W. Bush para actuar de esa manera, más que la conmoción suscitada tras el ataque que cautivó el deseo de venganza.

En el caso, por ejemplo, de la actuación del Consejo de Seguridad de la ONU tras los atentados del 11S, este Órgano, al condenar los ataques terroristas en las Resoluciones S/RES/1368, de 12 de septiembre de 2001, y S/RES/1373, de 28 de septiembre de 2001, expresamente reconoce en el preámbulo de cada una de ellas el derecho de los Estados al uso de la legítima defensa individual o colectiva, y que los ataques terroristas constitúan una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Dicho pronunciamiento podría significar entonces también que para la ONU un acto terrorista de un actor no

estatal puede constituir un ataque armado, como señala Christopher Greenwood, y dar inicio a un conflicto armado o simplemente propiciar una respuesta militar²⁴⁸. La pregunta sería, ¿contra el Estado que alberga al actor no estatal, o contra el propio actor no estatal?

Desde la década de los noventa, el Consejo de Seguridad ha considerado la perpetración de actos de terrorismo como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y conforme al Capítulo VII ha autorizado a los Estados a usar medidas que no implican el uso de la fuerza armada para perseguir a los responsables de atentados terroristas, y lo ha hecho recordando la Resolución S/RES/1267, de 15 de octubre de 1999, donde requirió a Afganistán entregar a Osama Bin Laden a un país donde haya sido acusado formalmente para que sea juzgado, específicamente por la imputación de los atentados en las embajadas de Estados Unidos en Nairobi y Dar es Salaam.

De la misma forma, con anterioridad, en las resoluciones S/RES/748, de 31 de marzo de 1992, y S/RES/883, de 11 de noviembre de 1993, el Consejo de Seguridad dispuso que los Estados tomen medidas económicas contra Libia hasta que éste diera respuestas concretas sobre las investigaciones solicitadas en ocasión del atentado terrorista perpetrado en Diciembre de 1988 contra el vuelo 103 de la compañía Pam Am, en la localidad de Lockerbie (Escosia-Reino Unido), cuya autoría se atribuía a ciudadanos libios. Por ello, la utilización del terrorismo poco ha servido para usar la fuerza armada en respuesta a un ataque terrorista, por lo menos de manera autorizada por el Consejo.

En este sentido, se introduce un nuevo elemento en el seno del Consejo de Seguridad de la ONU tras los atentados del 11S, se trata de su decisión de reconocer públicamente el derecho que tienen los Estados a su legítima defensa individual o colectiva en caso de atentados terroristas. Desde entonces se cuestiona si el Consejo dio su consentimiento tácito para usar la fuerza armada para combatir el terrorismo internacional contra los autores originarios o contra todo el que estuviera involucrado, ya que no estaba del todo claro en la citada resolución, pues en cualquier caso, tal y como se encuentra establecido

²⁴⁸Greenwood, Christopher, "International Law and the 'War against Terrorism'"..., *loc. cit. supra* en nota 215, p. 307; Becerra Ramírez, Manuel, "El 11 de septiembre y el derecho internacional", en *Globalidad y Conflicto: Estados Unidos y la crisis de septiembre*, José Luis Valdés Ugalde y Diego Valadés (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 257-270 (264).

el derecho de legítima defensa individual o colectiva en el artículo 51 de la Carta de la ONU, la autorización previa del Consejo de Seguridad en ningún aspecto es obligatoria.

No obstante, la persecución de Al Qaeda tras la intervención en Afganistán ha puesto en estudio la institución del derecho de legítima defensa individual o colectiva con más entusiasmo que la generada en la Guerra del Golfo Pérsico (1990-1991). La intervención en Kuwait por Irak, como un acto clásico de agresión, fue condenada y tratada por el Consejo de Seguridad de la ONU con un conjunto de resoluciones exigiendo a Irak retirarse de Kuwait, y ante su negativa, finalmente el Consejo aprobó la Resolución SRES/678, de 25 de noviembre de 1991, que autorizaba el uso de la fuerza armada contra Irak. Sin embargo, la pregunta principal seguía latente, dicho de otro modo, si la respuesta a un ataque armado proveniente de un actor no estatal da derecho al ejercicio de la legítima defensa individual o colectiva contra ese actor no estatal, y al mismo tiempo, contra el Estado que lo alberga sin que se demuestre responsabilidad conjunta.

Al parecer sólo da derecho a la legítima defensa contra el actor responsable directamente. Ello, siguiendo el precedente que marcó la Guerra del Golfo Pérsico (1990-1991), pues es el más inmediato episodio que permite la autorización del uso de la fuerza armada por parte del Consejo de Seguridad de la ONU por un acto de agresión ejercido por un Estado contra otro. Ha servido entonces esta coyuntura histórica suscitar una corriente doctrinal restrictiva del uso de la fuerza armada. Así, para Alain Pellet, la intervención estadounidense y sus aliados contra Afganistán fue al margen del derecho internacional debido a que el Consejo de Seguridad de la ONU negó su aval para tal acción, bautizándola como contraria al artículo 51 de la Carta de la ONU²⁴⁹. Sin embargo, como se ha enunciado, el mismo artículo no exige *a priori* una autorización del Consejo de Seguridad para responder a un ataque armado, y tampoco ha sido una práctica de los Estados esperar a que se dé esa autorización²⁵⁰.

²⁴⁹ Pellet, Alain, “No, This is not War! The Attack on the World Trade Center: Legal Responses” en *EJIL*, Discussion Forum. Vid. en http://www.ejil.org/forum_WTC, fecha de consulta 10 de noviembre de 2013.

²⁵⁰ Glennon, Michael J., “Colloquium on Topicality of the 1907 Hague Conference Peace Palace”, Debate con Alain Pellet, en *Force and the Settlement of Political Disputes*, The Hague, September 7, 2007, pp. 1-13 (10).

Siguiendo este orden de ideas, efectivamente ha sido tanto el peso político que tiene Estados Unidos en el interior del Consejo como los ataques terroristas en su propio territorio, los que motivaron la adopción de las resoluciones enfocadas al derecho de legítima defensa individual o colectiva, puesto que en otros atentados terroristas condenados por el Consejo de Seguridad no se hizo esa mención tan especial²⁵¹, por lo menos en el papel. Además, era la primera vez que Estados Unidos se veía atacado y cercado de manera simultánea y en ciudades tan distantes causando muerte y destrucción a gran escala. Ello refleja que, desde el punto de vista de los daños y el número de víctimas, el país estaba siendo atacado por un enemigo hábil, inteligente y sagaz; que se trataba de un grupo armado bien organizado con objetivos fijos utilizando tecnología de punta con fines militares y estratégicos con pleno conocimiento del territorio estadounidense y de sus servicios de inteligencia; por la magnitud de los ataques se descartaba de inmediato que alguna persona o pequeño grupo logaran blancos tan precisos.

Por consiguiente, existe aún la incertidumbre de que las resoluciones precedentes hayan disuadido a Estados Unidos de atacar a Afganistán, tal vez sí a Al Qaeda en ese territorio. Pero lo cierto es que los atentados del 11S contra Estados Unidos iniciaron la llamada “*guerra contra el terrorismo*” entre un Estado y una organización terrorista o grupo armado no estatal. En este sentido, en otro hecho similar se puede citar una vez más la intervención militar en el Líbano en 1978 por parte de Israel para dismantelar la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), autora de numerosos atentados terroristas en territorio israelí y en la región en general²⁵², o bien de Hamas, otra organización extremista árabe que lucha contra Israel. Por consiguiente, son todos estos elementos los que confirman para algunos autores ya citados que existe de un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda.

²⁵¹ En la Resolución 1189 (1998) de 13 de Agosto, que condena los atentados contra las embajadas de Estados Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania), el Consejo de Seguridad no hace referencia a la legítima defensa individual o colectiva, ni en ninguna otra resolución cuando condena el terrorismo internacional. Pese a ello, Estados Unidos respondió atacando con misiles objetivos militares en Afganistán y Sudan. Ver Greenwood, Christopher, “International Law and the ‘War against Terrorism’”..., *loc. cit. supra* en nota 215, p. 309.

²⁵² Roberts, Adam, “Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War”, en *Survival, Quarterly Journal of IISS*, vol. 44, n. 1, 2002, pp. 7-32.

Por otro lado, el destacado asunto de la destrucción del *Caroline*, también ha servido para formular posibilidades de hacer uso del ejercicio de legítima defensa ante la amenaza de un ataque inminente de una organización terrorista, hecho todavía sin ocurrir, pero sí planeado por el gobierno estadounidense del ex presidente George W. Bush en su llamada legítima defensa preventiva. Esta última consideración es descartada en general debido a que puede utilizarse equivocadamente para justificar una acción armada frente a una amenaza irreal o inaparente²⁵³.

Por otra parte, siguiendo con los presupuestos principales que deben observarse cuando se ejercita el derecho de legítima defensa individual o colectiva, la intervención armada en Afganistán que originó el supuesto conflicto armado transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda, cae dentro del parámetro de inmediatez, puesto que tan solo pasaron 13 días desde ocurrieron los ataques terroristas, por lo que en consecuencia esta acción dejaba sin aplicación el principio de proporcionalidad²⁵⁴ en territorio afgano, si consideramos que únicamente Al Qaeda fue la autora de los hechos, y por tanto la respuesta debió ser exclusiva contra ellos, en tiempos y objetivos concretos, de tal forma de causar el más mínimo daño a la población civil en alto riesgo.

VII. El trato que deben recibir los combatientes miembros de Al Qaeda capturados por Estado Unidos en el contexto del conflicto armado internacional e interno transnacional que tuvo como epicentro Afganistán

Las cuestiones referentes a Al Qaeda han sido de los temas que más se han tratado a nivel internacional hasta el presente, pero el punto en el cual muchos hacen hincapié es el concerniente al trato que deben recibir los prisioneros de esa Organización que tiene Estados Unidos bajo su jurisdicción, concretamente en la Bahía de Guantánamo, capturados durante el conflicto armado internacional e interno transnacional en Afganistán. Por ello, las consideraciones analizadas aquí parten de que por lo menos

²⁵³ Franck, Thomas M, “Essays in Honor of Oscar Schachter. Humanitarian and Other Interventions”, en: *Columbia Journal of International Law*, vol. 43, 2005, pp. 321-336 (330); Pérez González, Manuel, “La Legítima Defensa Puesta en su Sitio:...” , *loc. cit. supra* en nota 246, p. 193.

²⁵⁴ Puesto que el recurso a la guerra o *ius ad bellum* ha sido prohibido en derecho internacional, salvo en los casos conocidos de legítima defensa individual o colectiva, o autorización expresa por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, la teoría de la proporcionalidad es una excepción a la excepción del *ius ad bellum*, siendo objetivo de éste último buscar el debilitamiento del enemigo, de manera que no hay necesidad de hacer un uso mayor de la fuerza cuando el Estado que busca la proporcionalidad tiene los medios necesarios para debilitar al enemigo sin provocar grandes daños o sufrimientos. De ahí la adopción de la Declaración de San Petersburgo de 1868 sobre prohibición de ciertas armas con el fin indicado. Vid, Gail Gardam, Judith, “The Proportionality and Force in International Law”, en *AJIL*, vol. 87, n. 3, 1993, pp. 391-413.

ambos conflictos se desarrollaron en Afganistán entre Estados Unidos y aliados y Al Qaeda iniciado en el contexto de la “*guerra contra el terrorismo*”.

Antes de entrar en materia es preciso avanzar que, como sostiene el profesor Antonio Cassese, es posible que “*la guerra contra el terrorismo*” sea una forma errónea de definir dicha situación²⁵⁵, y por tanto el derecho internacional penal sea el único marco jurídico aplicable. Ciertamente, el profesor tiene razón en muchos aspectos, pero no se puede negar también que la “*guerra contra el terrorismo*” en algunos casos concretos, tal y como la lleva a cabo Estados Unidos con el uso de la fuerza armada, guarda relación directa con el derecho de los conflictos armados y el derecho internacional penal al mismo tiempo²⁵⁶. Así ha acontecido con algunos Estados que dicen combatir el terrorismo interno, y, sin embargo, se han originado conflictos armados, como el de Rusia con los chechenos (1994), el de Colombia con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) (1948) y el desaparecido conflicto del Reino Unido con el Ejército Republicano Irlandés de Irlanda del Norte (1960-2005). En estos los grupos privados participantes son consideradas organizaciones terroristas por sus gobiernos, en lugar de grupos armados organizados que luchan, en este caso, por mejores condiciones de vida en su país, cambio de gobiernos dictatoriales por democráticos o dominio de un territorio bajo su merced.

Por consiguiente, el estatuto jurídico de los miembros de Al Qaeda detenidos en Guantánamo ofrece una dicotomía jurídica que se define a partir de la tipología clásica de los conflictos armados: por un lado, el generado por el conflicto armado internacional entre Estados Unidos y Afganistán, y por otro lado, el resultado del conflicto armado interno transnacional surgido entre Estados Unidos y Al Qaeda también en Afganistán²⁵⁷, lo que obliga a la potencia detenedora diferenciar de manera clara en cuál de los conflictos armados ha participado el “combatiente” o el integrante de la Organización.

²⁵⁵ Cassese, Antonio, “Terrorism is Also Disrupting Some...”, *loc. cit. supra* en nota 234, p. 993.

²⁵⁶ Murphy, John F., “Is US Adherence to the Rules of Law in International Affairs Feasible?”, en *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Michael N. Schmitt and Jelena, Pejic (eds.), Essays in Honour of Yoram Dinstein, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 197-227 (213).

²⁵⁷ Dehn, John C., “Why Article 5 Status Determinations are not ‘Required’ at Guantánamo”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 2, 2008, pp. 371-383 (375).

Dicho lo anterior, procedemos a analizar primero las consecuencias devenidas del conflicto armado internacional. Así tenemos que, para la potencia ocupante o detenedora se hace obligatorio definir en qué situación se encuentra el detenido debido a que no existe un término medio; nadie puede ser protegido por el tercer Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de los prisioneros de guerra y al mismo tiempo por el cuarto Convenio sobre protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra²⁵⁸, es decir, personas que no participan activamente en las hostilidades o que habiendo participado activamente no llenan los requisitos para ser considerados prisioneros de guerra, siendo reconocidos por la doctrina como combatientes no privilegiados, pudiéndose ubicar dentro de las personas que enuncia el artículo 5 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949, dígame de los espías, sabotadores o personas sospechosas de dedicarse a alguna actividad perjudicial para la potencia detenedora²⁵⁹.

No obstante a ello, se presume que inmediatamente a la detención de un combatiente enemigo se debe aplicar a este el tercer Convenio. Por tanto, hasta que los combatientes queden plenamente identificados se puede concluir que los miembros de Al Qaeda que han tomado parte activa en las hostilidades durante el conflicto armado en Afganistán en representación y apoyo de una de las Partes enfrentadas, concretamente en apoyo de los talibanes, como una milicia o un grupo armado integrado a las fuerzas armadas talibanes, el derecho internacional humanitario establece que una vez sean capturados por el enemigo se le debe aplicar el estatuto de prisioneros de guerra. Ello debido a que precisamente fueron capturados en un conflicto armado internacional como Partes en él, permitiendo entonces que se deriven toda una serie de obligaciones establecidas en la tercera Convención, siendo para el caso que nos ocupa lo referente al artículo 13 sobre el trato humano debido al prisionero de guerra además de las prohibiciones señaladas en

²⁵⁸ Marco, Sassòli, “The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 1, 2004, pp. 96–106 (101).

²⁵⁹ Según el artículo 5 del cuarto Convenio la persona sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, o dedicarse de hecho a esas actividades, no podrá ampararse en los derechos y privilegios del Convenio, entre los que se incluyen los espías y sabotadores. En todo caso estas personas, señala el artículo, serán tratadas con humanidad, y si la potencia decide realizar diligencias penales contra el detenido tendrá derecho a un proceso equitativo y legítimo, al tiempo de que recobrará los derechos y privilegios de persona protegida, en el sentido de como lo establece el Convenio, en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado o de la potencia ocupante.

el artículo 130, cuyo incumplimiento de uno u otro podría degenerar en crímenes de guerra y por tanto responsabilidad internacional penal del individuo²⁶⁰.

Sin embargo, el 7 de Febrero de 2002, mediante declaración oficial del Secretario de Prensa, el gobierno del ex presidente estadounidense George W. Bush calificó a los talibanes y a los miembros de Al Qaeda capturados en Afganistán de combatientes enemigos ilegales, con el propósito de mantenerlos fuera de las disposiciones del derecho internacional humanitario que confieren el estatuto de prisionero de guerra. En general, porque desconoce el gobierno de *facto* de los talibanes en Afganistán, y en relación con Al Qaeda porque no es Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y es una organización terrorista²⁶¹.

Como se puede observar, de la declaración citada se desprende un problema mayor para resolver el estatuto de los combatientes detenidos de Al Qaeda, y es que la posibilidad del otorgamiento del trato de prisioneros de guerra depende no solamente de su captura en un conflicto armado internacional, sino también de su relación con las fuerzas armadas talibanes a la que Estados Unidos descalificó para ser Parte en el conflicto, de manera que es necesario analizar este punto por separado, es decir, el estatuto de las fuerzas armadas talibanes como Parte en el conflicto armado internacional.

La tesis estadounidense de que las fuerzas armadas talibanes no podían ser Parte en un conflicto armado internacional por obviedad se fue diluyendo en tanto que se trataba de un conflicto armado al menos entre dos Estados (Estados Unidos y Afganistán). Entonces la administración del ex presidente Bush fue recomponiendo sus argumentos, esta vez quiso abstenerse de aplicar el estatuto de prisioneros de guerra a los talibanes capturados bajo el alegato de que éstos: en primer lugar, en ningún caso representan una fuerza armada organizada y porque tampoco cumplían con los requisitos establecidos en

²⁶⁰ Según el artículo 13 está prohibido: realizar cualquier acto u omisión que comporte la muerte o ponga en peligro su salud, como ser sometido a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos si justificación; se le debe proteger contra todo acto de violencia o intimidación, insultos y curiosidad pública. Del mismo modo, como persona protegida que es el prisionero de guerra, el artículo 130 prohíbe darle muerte intencionadamente, someterlo a tortura u otros tratos inhumanos, como a experimentos biológicos, causarle deliberadamente grandes sufrimientos, forzarlo a servir a las fuerzas armadas de la potencia enemiga y privarlo de legítima e imparcialmente según las prescripciones del Convenio. También está prohibida la deportación o el traslado ilegal, así como el confinamiento ilegal (artículo 8 (vii) del Estatuto de Roma).

²⁶¹ Szpak, Agnieszka, "The Status of the Guantanamo...", *loc. cit. supra* en nota 131, p. 1-2.

el tercer Convenio, concretamente los artículos 4 (2) (a) sobre un mando responsable²⁶² y 4 (2) (b) en referencia a un signo distintivo fijo reconocible a distancia; en segundo lugar, porque mucho menos dirigían sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra y, en tercer lugar, porque se encontraban lejos de formar un gobierno el cual mantuviera control efectivo en el territorio²⁶³.

Sobre la primera cuestión, es bien entendido que las fuerzas armadas talibanes por sí mismas no podrían ser catalogadas como una milicia, pues actuaban como el ejército del Estado, por tanto, la distinción como milicia tampoco valdría para estas fuerzas y negar con ello el estatuto de prisionero de guerra a los combatientes capturados, además de que se diferenciaban de las personas civiles por la bandera tribal que llevaban²⁶⁴; sobre la segunda cuestión, si la aplicación del derecho internacional humanitario depende de que ambas Partes lo cumplan, se crearía un vacío jurídico de proporciones colosales a todas las víctimas de los conflictos armados, y en relación al tercer postulado, ello supone negar también la existencia de un ejército en Afganistán, o del Estado mismo como nación.

Así pues, a modo reiterativo, omitir la existencia de un ejército en Afganistán contrasta en primer lugar con la cuestión de que los Estados son libres de elegir el vestuario de sus fuerzas armadas, y en el caso del ejército afgano, la bandera tribal podía distinguir a sus miembros de las personas civiles y delincuentes durante los combates; en segundo lugar, el argumento para indicar que éstos en sus operaciones actuaban al margen de las leyes y costumbres de la guerra en apoyo al terrorismo, según versiones del gobierno estadounidense, de ninguna forma significaba en sí mismo negarse a llevar sus operaciones con las leyes y costumbres de la guerra²⁶⁵, porque por costumbre en los conflictos armados internacionales se acusa al enemigo objetivamente de violar las

²⁶² Estar comandado por una persona que responda a sus subordinados, requisito exigido para las milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados.

²⁶³ Ragavan, Srividhya and Mireles, Michael S., Jr. "Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts", en *Utah Law Review*, n. 2, 2005, p. 619-675 (627). Al poco tiempo después que el CICR se pronunció sobre los detenidos y afirmando que el conflicto en Afganistán era de carácter internacional, la administración Bush decidió aplicar la tercera Convención solo a los talibanes. Ver Doménech Omedas, José Luis, "Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura", en *Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas*, en Gabriel Pablo Valladares (comp.), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 133-164 (133-134).

²⁶⁴ Ragavan, Srividhya and Mireles, Michael S., Jr. "Status of Detainees...", *loc. cit. supra* en nota 263, p. 643.

²⁶⁵ Aldrich, George H., "The Taliban, Al Qaeda,...", *loc. cit. supra* en nota 199, p. 895.

leyes y costumbres de la guerra inclusive por medio de la perpetración de actos de terrorismo, y si el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra obedeciera sólo a esa cuestión previa, entonces a ningún combatiente capturado se le podría otorgar tal distinción²⁶⁶.

Asimismo, el mero hecho de que fueran los talibanes quienes gobernaban el Estado, escasamente reconocido por la comunidad internacional con excepción de los principales aliados de Estados Unidos en la región como Pakistán, Kuwait, Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos²⁶⁷, ello suponía que éstos sí habían constituido un gobierno propio porque controlaban la casi totalidad del territorio durante toda una década y representaban *de facto* la autoridad estatal en Afganistán, prueba suficiente para que a la luz del derecho internacional humanitario fuese necesario aplicar los Convenios de Ginebra en caso de un conflicto armado internacional con otro Estado.

En efecto, un cambio de actitud se produjo el 7 de febrero de 2002 cuando el ex presidente Bush anunció que la tercera Convención se aplicaría al conflicto armado entre Estados Unidos y Afganistán, valga decir los talibanes, aunque insistió que no califican para el estatuto de prisioneros de guerra porque Estados Unidos nunca reconoció al gobierno talibán, pero que por una cuestión de política lo hará, ya que tanto Estados Unidos como Afganistán son Partes en la tercera Convención; sin embargo, no se aplicará la tercera Convención a los miembros de Al Qaeda detenidos porque la Organización no es Parte en la Convención citada, más bien un grupo terrorista extranjero, que no tiene derecho al estatuto de prisionero de guerra²⁶⁸.

Pues bien, habiendo aplicado Estados Unidos la tercera Convención a los combatientes talibanes, además del trato debido²⁶⁹, estos no pueden quedar privados de libertad más

²⁶⁶ Marco, Sassòli, "The Status of Persons Held...", *loc. cit. supra* en nota 258, p. 102.

²⁶⁷ Ragavan, Srividhya and Mireles, Michael S., Jr. "Status of Detainees...", *loc. cit. supra* en nota 263, p. 643, p. 628.

²⁶⁸ U.S. Department of State, The White House, Office of the Press Secretary, Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention, The James S. Brady Briefing Room, "White House Press Secretary Announcement of President Bush's Determination re Legal Status of Taliban and Al Qaeda Detainees (February 7, 2002)", <http://www.state.gov/s/1/38727.htm>, fecha de consulta 20 de octubre de 2014.

²⁶⁹ Según el tercer Convenio, el trato debido incluye: prohibiciones de cometer infracciones graves contra ellos (artículo 13); respeto a su persona y honor, sobre todo las mujeres, cuyo trato no será menos favorable que el de los hombres (artículo 14), se proveerá de manutención (artículos 14 y 15); alojamiento favorable (artículo 25); asistencia médica adecuada (artículo 30); libertad de religión y culto (artículos 34

de lo absolutamente necesario, pudiendo recobrar la libertad bajo palabra de honor o promesa (artículo 21 del tercer Convenio)²⁷⁰, por lo que no puede extenderse más allá del final del conflicto a menos que estén cumpliendo condena o se estén realizando diligencias penales en su contra, que no podrá ser por haber participado en las hostilidades sino por violaciones del derecho internacional humanitario o del derecho interno de la potencia detenedora (artículo 85 de la tercera Convención), cometidos antes de su captura (dígase de los ataques del 11S para los combatientes de Al Qaeda, para los que fuesen considerados prisioneros de guerra)²⁷¹.

Por otra parte, si bien la decisión de Estados Unidos de aplicar la tercera Convención a los talibanes detenidos ha sido acertada, la cuestión referente a los miembros de Al Qaeda continuó siendo el centro del debate, pues es conocido que muchos miembros de la Organización combatieron conjuntamente con las fuerzas armadas talibanes durante el conflicto, al menos hasta el 22 de diciembre de 2001, fecha en que la Coalición oficialmente depuso al régimen talibán y traspasó el control del país a un gobierno interino²⁷².

Por ello, frente a esta negativa de la administración Bush, el 9 de febrero de 2002 el CICR y más tarde otros organismos internacionales como Human Rights Watch fueron contundentes: todos los detenidos en Guantánamo son prisioneros de guerra hasta que un Tribunal competente dictamine lo contrario²⁷³. Ello en alusión al artículo 5 del tercer

y 36); traslados bajo condiciones climatológicas adecuadas, proveyéndoles de alimento, agua y ropa (artículo 46), entre otras garantías señaladas en el Convenio.

²⁷⁰ Artículo 21 del tercer Convenio: Los prisioneros podrán ser liberados total o parcialmente dando su palabra o haciendo su promesa.

²⁷¹ Pérez González, Manuel y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, en *REDI*, vol. LIV, n. 1, 2002, pp. 1-37 (27).

²⁷² La idea parte de que la Coalición de Estados dirigida por Estados Unidos y coordinada por la OTAN intervino Afganistán el 7 de octubre de 2001, y al poco tiempo sobre el terreno traspasó el control del territorio afgano a un gobierno interino dirigido por Hamid Karzai el 22 de diciembre de 2001, como se estableció en el Acuerdo de Bonn (Alemania) auspiciado por la ONU y realizado en esa misma fecha. En ese preciso momento, partiendo de que Afganistán pasó a tener un gobierno interino, el conflicto se transformó en interno, habida cuenta de que las hostilidades continuaron entre las fuerzas armadas de ese gobierno y los grupos armados existentes, especialmente los talibanes y Al Qaeda. Por otro lado, en virtud de la resolución S/RES1386 (2001), de 20 de diciembre, el Consejo de Seguridad estableció la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad, conminando a todas las que habían intervenido Afganistán retirar todas sus unidades militares de Kabul en cumplimiento del citado Acuerdo.

²⁷³ ICRC, Communication to the Press, 02/11, 9 February 2002. Ver también Human Rights Watch, “Human Rights Watch, U.S. Officials Misstate Geneva Convention Requirements, 28 January 2002”, en <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-detainees-guantanamo-case-study.htm>, fecha de consulta 28 de noviembre de 2014.

Convenio, el cual señala que en caso de duda sobre la pertenencia de una persona al que debiera aplicársele el estatuto de prisionero de guerra, se beneficiará de ello hasta que un Tribunal competente haya determinado su estatuto.

Por tanto, contrastada ya la idea de que las fuerzas armadas talibanes constituían las fuerzas armadas de Afganistán y por ende el otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra a sus miembros capturados, cabe analizar ahora el estatuto de los miembros de Al Qaeda detenidos por Estados Unidos. Al respecto, cabe recordar que en la misma declaración oficial del 7 de febrero de 2002 por el que el presidente Bush rechazó otorgar el trato de prisionero de guerra a los talibanes dijo lo mismo en relación a los combatientes de Al Qaeda por considerar a la Organización no Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y porque es una organización terrorista, en suma, calificó a los detenidos también como combatientes ilegales²⁷⁴.

No obstante que, los combatientes de Al Qaeda que participaron en las hostilidades durante el conflicto armado conjuntamente con los talibanes han de correr la misma suerte, es decir, otorgársele el trato de prisionero de guerra. Pero ello depende del modo en que participaron, si integrados a las fuerzas armadas talibanes o de modo independiente, y como ya se apuntó debe ser un Tribunal competente el que debe determinarlo, en todo caso debemos precisar algunos puntos.

En cuanto a lo primero, existen dos formas por la que los miembros de Al Qaeda hubieran podido participar por la vía de integrados a las fuerzas armadas talibanes: como una milicia, cuerpo de voluntarios o movimiento de resistencia (artículo 4 (2) (a) de la tercera Convención) y a título individual, es decir que algunos de sus miembros pasen a formar filas de esas fuerzas armadas estatales.

Respecto a la primera forma, es sabido que Al Qaeda es una organización terrorista transnacional, en el que Afganistán constituía uno de sus centros de operaciones como otros tantos en el mundo, por lo que la única forma de probar que fueron integrados como grupo a las fuerzas armadas talibanes es por medio de una prueba documental o

²⁷⁴U.S. Department of State, The White House, Office of the Press Secretary, Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention..., *loc. cit. supra* en nota 268; Ver también Szpak, Agnieszka, "The Status of the Guantanamo...", *loc. cit. supra* en nota 131, p. 1-2.

llamado público que demostrara estar a las órdenes de un mando, del gobierno, lo que parece ser que así ha de haber ocurrido porque la organización se encontraban en territorio afgano con autorización del gobierno²⁷⁵. Y, en la segunda forma, integrados a título individual, por igual debe ser determinado por un Tribunal competente. De todos modos, hasta tanto sean perfectamente identificados, los detenidos deben disfrutar del estatuto de prisionero de guerra, aunque después adquieran otra categoría²⁷⁶.

Por tanto, es evidente que las comisiones militares establecidas por orden ejecutiva del ex presidente Bush en noviembre de 2001, para determinar el estatuto de los detenidos en Guantánamo y juzgar a los culpables de violar el derecho internacional humanitario no se ajustaron a las disposiciones del artículo 5 de la tercera Convención, sencillamente porque una comisión creada por una orden ejecutiva no puede garantizar la independencia e imparcialidad que requiere un órgano judicial, inclusive, la constitución de un Tribunal militar tampoco hubiera sido imparcial debido a la presencia predominante de la potencia militar en él, por lo que el proceso de un juicio justo podía ser muy cuestionable²⁷⁷, de ahí que Pérez González y Rodríguez Villasante propongan que ante esta situación sea un tribunal del poder judicial que lo determine²⁷⁸.

Por otra parte, hemos señalado que el estatuto de los combatientes miembros de Al Qaeda que tiene Estados Unidos bajo su jurisdicción capturados durante el conflicto armado internacional posiblemente queden protegidos por la cuarta Convención, es decir, personas que habiendo participado activamente en las hostilidades no llenan los requisitos para ser considerados prisioneros de guerra, que en todo caso continuarán siendo personas civiles si cumplen con el criterio de la nacionalidad establecido en el artículo 4 del cuarto Convenio²⁷⁹.

²⁷⁵ Pérez González, Manuel y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “El caso de los detenidos de Guantánamo...”, *loc. cit. supra* en nota 271, p. 21.

²⁷⁶ Aldrich, George H., “The Taliban, Al Qaeda...”, *loc. cit. supra* en nota 199, p. 894. Situación que podría ser discutible también en la llamada “*guerra contra el terrorismo*” de alcance global entre Estados Unidos y Al Qaeda, pues si los actos entre los contendientes guardan relación directa con el supuesto conflicto armado interno transnacional surgido en Afganistán, entonces el artículo 3 común también debería aplicarse, concretamente el trato humano que deben recibir los miembros de la Organización al ser capturados.

²⁷⁷ Dahlstrom, Elizabeth K., “The Executive Policy toward Detention and Trial of Foreign Citizens at Guantanamo”, en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, n. 3, 2003, pp. 662-682 (666).

²⁷⁸ Pérez González, Manuel y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “El caso de los detenidos de Guantánamo...”, *loc. cit. supra* en nota 271, p. 23.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 23-24. Véase también sobre el derecho aplicable a estas personas incluyendo a los talibanes y miembros de Al Qaeda integrados presumiblemente a las fuerzas armadas talibanes a Sánchez

Así pues, según el artículo 5, si la potencia ocupante captura a un individuo que se sospecha pretenda realizar alguna actividad perjudicial o dañina para dicha potencia, esta debe ser tratada con humanidad y darle la libertad inmediatamente termine el conflicto, en tanto que se considera una persona protegida²⁸⁰, o ser sometido a un juicio justo por los crímenes que se les imputan. Esta disposición requiere que se haga un análisis de la situación de tal forma que la detención quede justificada para preservar la seguridad del Estado, sea porque se presuma vaya a participar directamente en las hostilidades o realizar un acto hostil, opinión esta que comparte el CICR²⁸¹. Asimismo, pese a ser un derecho previsto de forma expresa en el Convenio señalado para los conflictos armados internacionales, se aplica con el mismo tenor en los conflictos armados internos cuando el Estado detiene a una persona civil que participa en las hostilidades²⁸². En ambos casos es contraproducente mantener a una persona en estado de reclusión indefinidamente sin cargos ni juicio, sobre todo cuando el conflicto se supone ha finalizado.

Por otro lado destacar que el trato debido a las personas protegidas, además de los derechos que prevé la Convención²⁸³, pasa por considerar como graves algunas infracciones si se cometen contra las personas protegidas, que evidentemente incluyen a

Legido, Ángel, “‘Guerra contra el Terrorismo’, Conflictos Armados y Derechos Humanos”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, 2006, pp. 413-470.

²⁸⁰ Según el artículo 4 del cuarto Convenio las personas protegidas son aquellas que se encuentran en poder de una Parte en conflicto o de una potencia ocupante de cual no sean súbditos. Señala además que “no protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea Parte en él, ni a los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado en que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder se encuentran”. Sin embargo, los súbditos de un Estado neutral se consideran siempre personas protegidas en territorios ocupados, independientemente de si el Estado neutral tiene o no representación diplomática. Ver *Prosecutor v. DuskoTadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, p. 72 y ss., pars. 164-166; Dörmann, Knut, “La Situación Jurídica de los ‘Combatientes Ilegales/no Privilegiados’”, en *RICR*, 31-03-2003, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tedfg.htm>, fecha de consulta 28 de noviembre de 2014.

²⁸¹ Goodman, Ryan, “The Detention of Civilians in Armed Conflicts”, en *AJIL*, vol. 103, n. 1, 2009, pp. 48-74 (53).

²⁸² *Ídem*; Jinks, Derek, “The Declining Significance of POW Status”, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 65, Chicago, en *Forthcoming, Harvard International Law Journal*, 2004, pp. 1-57, (10 y ss.)

²⁸³ Según el artículo 27 del cuarto Convenio las personas protegidas tienen derecho a que se respete su persona y honor, costumbres, derechos familiares, prácticas religiosas, hábitos; serán tratadas con humanidad y se prohíbe proferir insultos, realizar actos de intimidación y violencia contra ellas, así como someterlas a curiosidad pública; serán tratadas por igual sin distinción de raza y credo; las mujeres serán protegidas contra atentados a su honor, contra violación y atentados a su pudor, entre otras garantías del Convenio.

los detenidos miembros de Al Qaeda: quedan prohibidos el homicidio intencional, tortura o los tratos inhumanos, experimentos biológicos, causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, forzar a una persona a servir en las fuerzas armadas del enemigo, privarla de ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del Convenio, toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario. Asimismo, las personas protegidas pueden ser sometidas a juicio por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, pero al contrario que los prisioneros de guerra no pueden ser sometidos a juicio por conductas cometidas antes de la ocupación (artículo 70 de la cuarta Convención).

Finalmente recalcar que, pese a todo lo anterior, y de acuerdo a la opinión emitida por el CICR²⁸⁴, las personas que no disfrutan de un mejor trato que los estipulados en los Convenios, es decir del tercer y cuarto Convenio, al encontrarse en manos de un Estado que los relaciona con una Parte en conflicto (Al Qaeda), hay ciertas garantías fundamentales que los Estados deben aplicar según señala el artículo 75 del Protocolo Adicional I²⁸⁵, que a parte de la prohibición de cometer contra ellos violaciones graves, deben ser acusadas formalmente y juzgadas por un tribunal independiente e imparcial. Ello va en consonancia con lo establecido en el artículo 142 del tercer Convenio recoge los principios de la cláusula Martens, que se refiere a la aplicación de otras obligaciones de las Partes independientemente de las Convenciones de Ginebra de 1949 que provienen de los dictados de la conciencia pública y las leyes de la humanidad, lo cual se convierte en un remanente de referencia cuando las Convenciones no se aplican, como apunta Rafael A. Porrata²⁸⁶.

²⁸⁴ CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “El Derecho Internacional Humanitario y los Retos de los Conflictos Armados Contemporáneos”, del 2 al 6 de diciembre de 2003, Ginebra, p. 10, ver en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5xymgj.htm>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014.

²⁸⁵ Jinks, Derek, “The Declining Significance of POW Status”, *loc. cit. supra* en nota 282, p. 48.

²⁸⁶ Porrata-Dora Jr., Rafael A., “The Geneva Conventions and their Applicability to the War on Terror”, en *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 14, 2004-2005, pp. 599-608 (601). En general véase Pérez González, Manuel, “Principios y “leyes” de humanidad en situaciones de conflicto. Valor de la cláusula Martens a la luz del Derecho Internacional Humanitario”, en *La Protección de la Dignidad de la Persona y el Principio de Humanidad en el Siglo XXI*, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Joaquín López Sánchez, Cruz Roja Española / Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 115-137.

Por otra parte, si bien es cierto que sigue siendo discutible, por los argumentos que ya hemos puesto de manifiesto en esta investigación, es posible concluir que hubo un conflicto armado interno de tipo transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda en Afganistán al tiempo que se desarrollaba otro de carácter internacional²⁸⁷. No obstante a ello, en la misma fecha que Estados Unidos acordó aplicar la tercera Convención a los talibanes -7 de febrero de 2002- señaló en un memorándum que ninguna de las disposiciones de Ginebra (del derecho internacional humanitario) aplica en el conflicto entre Estados Unidos y Al Qaeda en Afganistán ni en cualquier lugar del mundo, porque, entre otras razones, los conflictos que están teniendo lugar son de alcance internacional en el que el artículo 3 común sólo es aplicable a los conflictos armados internos²⁸⁸.

Es evidente que ambos conflictos armados son de alcance internacional por su trascendencia política y consecuencias para los Estados circundantes, lo que no por ello se puede deducir que el referido conflicto entre Estados Unidos y Al Qaeda sea de tipo internacional, precisamente porque en principio las Partes involucradas son un Estado y un actor no estatal; de ahí que se considere que el artículo 3 común es aplicable en se considere que existió un conflicto armado interno, aunque este supuesto sigue siendo objeto de debate²⁸⁹. En relación esto último, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en los casos *Rasul v. Bush* en 2004²⁹⁰ y *Hamdan v. Rumsfeld* en 2006²⁹¹, estableció que el

²⁸⁷ Si bien en el conflicto armado Israel-Líbano e Israel-Hezbollah en 2006 el CICR ha podido calificar esa situación como un conflicto armado mixto (interno e internacional), ha evitado hacer el mismo señalamiento en relación al conflicto armado en Afganistán, conflicto que por sus características guarda estrecha relación con el de Israel, Líbano y Hezbollah, salvo que el Líbano nunca ha apoyado a Hezbollah en su lucha contra Israel, como parece ser que sí hicieron los talibanes en Afganistán con Al Qaeda y su lucha contra Estados Unidos. Además, el hecho de que se haya creído que Al Qaeda entrara a formar parte integrante de las estructuras armadas y políticas de los talibanes en Afganistán a partir de mayo de 2001, como apunta Remiro Brotons, refuerza la teoría de que también existió un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda. También Remiro Brotons, Antonio, "El Orden Internacional Tras los Atentados del 11 de Septiembre de 2001, Mantenimiento de la Paz y Nuevo Orden", en *REDI*, vol. LIII, n. 1, 2001, pp. 125-177.

²⁸⁸ Memo 11, The White House, "Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees", February 7, 2002, ver en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/memo11.pdf>, fecha de consulta 28 de noviembre de 2014.

²⁸⁹ Arai-Takahashi, Yutaka, "Disentangling Legal Quagmires: The Legal Characterization of the Armed Conflicts in Afghanistan Since 6/7 October 2001 And the Question of Prisoner of the War Status", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2002, vol. 5, pp. 61-105 (64-66); Bellal, Annysa and others, "International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan", en *IRRC*, vol. 93, n. 881, 2011, pp. 47-79 (51-52).

²⁹⁰ *Rasul et al. v. Bush et al.* (n. 03-334), Supreme Court of United States, June 28, 2004, ver en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Alumni_Affairs/Rasul_v_Bush.pdf, fecha de consulta 10 de diciembre de 2014.

²⁹¹ *Hamdan v. Rumsfeld et al.* (n. 05-184), Supreme Court of the United States, June 29, 2006, ver en <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>, fecha de consulta 10 de diciembre de 2014.

gobierno está obligado a aplicar a los detenidos el artículo 3 común independientemente de su nacionalidad y que esté relacionado con el conflicto, cuyo carácter se abstuvo de precisar, aunque directamente se estaba refiriendo al conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda en Afganistán. Dictamen que va en consonancia con la jurisprudencia reiterada del caso *Dusko Tadic* establecida por el TPIY, el cual estima que el artículo 3 común constituye el estándar mínimo aplicable en toda situación de conflicto armado, independientemente de su naturaleza.

De ahí que de la aplicación del artículo 3 común se desprenden importantes consecuencias no sólo para los detenidos de Al Qaeda que tiene Estados Unidos bajo su jurisdicción sino también para las fuerzas estadounidenses que habían incurrido en violaciones graves del derecho internacional humanitario. Por un lado, a las Partes en conflicto les está prohibido cometer cualquiera de los delitos enunciados en dicho artículo, muchos de los cuales pueden constituir crímenes de guerra, y por otro lado, los detenidos de Al Qaeda pueden ser juzgados, además por los delitos enunciados en el artículo citado, por los asesinatos, asaltos o lesiones causadas en violación del derecho interno, en este caso, el de la potencia detenedora o el del territorio ocupado²⁹². Del mismo modo, los juicios seguidos por alegadas violaciones del artículo 3 común deben ser ante un tribunal legítimamente constituido, con las garantías del debido proceso reconocidas por las naciones civilizadas, de tal manera que están prohibidas las condenas dictadas y las ejecuciones sin el cumplimiento de esta disposición.

En ese sentido, como vulneración al artículo 3 común podemos señalar también que lo fueron las comisiones militares creadas por el ex presidente Bush en noviembre de 2001 por orden ejecutiva, hecho que fue enmendado mediante la ley del Congreso Military Commissions Act de 2006, con el objeto de subsanar las críticas realizadas por la Suprema Corte de Justicia en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, y continuar además con los procesos de investigación, identificación y tratamiento de los detenidos en Guantánamo. Pese a que ahora las comisiones contaban con una ley en la cual sustentarse tampoco contó con el beneplácito de la inmensa mayoría de los Estados de la comunidad

²⁹² Aldrich, George H., “The Taliban, Al Qaeda...”, *loc. cit. supra* en nota 199, p. 894. Situación que podría ser discutible también en la llamada “*guerra contra el terrorismo*” de alcance global entre Estados Unidos y Al Qaeda, pues si los actos entre los contendientes guardan relación directa con el supuesto conflicto armado interno transnacional surgido en Afganistán, entonces el artículo 3 común también debería aplicarse, concretamente el trato humano que deben recibir los miembros de la Organización al ser capturados.

internacional al establecerse al margen del derecho internacional, lo que continuaba poniendo en duda el estatuto conferido a los detenidos y por consiguiente el proceso judicial seguido tras la detención²⁹³, que debe ser como se dijo ante un tribunal competente, independiente e imparcial con todas las garantías del debido proceso, difícilmente garantizados ante comisiones creadas para responder a intereses políticos, además de que su protocolo de actuación incumplía la normativa internacional.

Amnistía Internacional por ejemplo, ya ha advertido de la falta de independencia y garantía de los procesos judiciales seguidos ante estas comisiones: las comisiones no son independientes de las instituciones del gobierno que promueven la propia acusación de los detenidos y contra los que han aprobado violaciones de los derechos humanos; las comisiones pueden admitir pruebas obtenidas de forma ilícita, como pueden ser a través de trato cruel, inhumano y degradantes, etc.; los acusados tienen ciertos límites para ser asistidos por abogados de su elección; tras los juicios realizados con todas estas carencias y dificultades el gobierno puede solicitar la pena de muerte contra el acusado²⁹⁴.

Si bien es cierto que en el caso *Boumediene v. Bush* de 12 de junio de 2008²⁹⁵ la Corte Suprema de Estados Unidos declaró inconstitucional la sesión 7 de dicha ley Military Commissions Act de 2006 en cuanto a que restringía el derecho a un *habeas corpus* por parte de los detenidos, las comisiones militares continuaron funcionando hasta el 2009 y reabiertas por el presidente Barack Obama en 2011, esta vez previendo algunas mejoras

²⁹³ Para una crítica a esta Ley y las comisiones militares véase Costas Trascasas, Milena, “La Ley Estadounidense de Comisiones Militares: Un Análisis Crítico desde la Perspectiva del Derecho Internacional”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 407-436, ver en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21427/1/ADI_XXIII_2007_11.pdf, fecha de consulta 28 de diciembre de 2014; para un análisis más actualizado sobre la legislación estadounidense y el comportamiento del gobierno en relación es este tema véase Tarragona Fenosa, Laia, “Diez Años de Guantánamo: Una Década para las Rebajas Jurídicas en Estados Unidos”, en *Revista CIDOB d’afers internacionals*, n. 97-98, 2012, pp. 325-342, ver en <http://www.raco.cat/index.php/revistaCIDOB/article/viewFile/252843/339581>, fecha de consulta 28 de diciembre de 2014; ver asimismo Cook, John R., “President Obama Orders Closure of Guantánamo Detention Facilities: Obstacles Remain”, en *AJIL*, vol. 103, n. 2, 2009, pp. 325-331; Bradley, Curtis A., “The Military Commissions Act, Habeas Corpus, and the Geneva Conventions”, *AJIL*, vol. 101, n. 2, 2007, pp. 322-344.

²⁹⁴ Amnistía Internacional, “Comisiones Militares de Guantánamo: Una Parodia de la Justicia”, informe n. 83, 2006, p. 12, ver en <http://www.amnesty.org/es/campaigns/counter-terror-with-justice/issues/military-commissions>, fecha de consulta 29 de noviembre de 2014. Ver reputada ley Military Commissions Act de 2006 en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-109s3930enr/pdf/BILLS-109s3930enr.pdf>, fecha de consulta 12 de diciembre de 2014.

²⁹⁵ *Boumediene v. Bush* (553 U. S. 2008), Supreme Court of the United States, June 12, 2008, ver en <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/06-1195P.ZO>, fecha de consulta 13 de diciembre de 2014.

que fueron incluidas en la nueva ley Military Commissions Act de 2009, como evitar la validez de pruebas obtenidas por maltrato físico y psicológico²⁹⁶. Hasta el 7 de diciembre de 2014 se tiene noticia de que quedan 136 personas de 18 nacionalidades diferentes detenidas en Guantánamo, de las cuales 67 están libres de cargos por terrorismo²⁹⁷.

Recientemente – martes 9 de diciembre de 2014 – el Senado de Estados Unidos ha hecho público un informe que recoge algunos métodos usados por funcionarios de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) para obtener información a los detenidos con métodos forzados que incluían técnicas de ahogamiento simulado, torturas, tratos crueles y condiciones de detención degradantes²⁹⁸. Se cree que estos métodos usados para obtener información fueron ocultados a altos cargos del ex presidente Bush al tiempo que se piensa que sí los conocía dando el visto bueno²⁹⁹. De ser así, podríamos estar ante comisiones de crímenes de guerra por parte de las personas que cometieron esos hechos y participaron directa e indirectamente.

Semejante comportamiento podría significar también “*terrorismo de estado*”³⁰⁰, cometido por Estados Unidos al prescindir de aplicar al menos formalmente el sometimiento a un juicio justo a un combatiente capturado por el enemigo en el contexto de un conflicto armado, quedando el detenido, como apuntamos, en un limbo

²⁹⁶ La nueva ley Military Commissions Act de 2009 reemplaza el término combatiente enemigo ilegal por beligerante enemigo no privilegiado, definido como una persona que no es un beligerante privilegiado y siempre que reúna uno de estos requisitos: a) ha participado en hostilidades contra Estados Unidos y sus aliados de la coalición, b) ha apoyado decididamente y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos y sus aliados de la coalición, b) era miembro del Al Qaeda al momento de cometerse los delitos punibles por el Código Uniforme de Justicia Militar y derecho de la guerra antes o después del 11S de 2001. Ver ley en: <http://www.defense.gov/news/2009%20MCA%20Pub%20%20Law%20111-84.pdf>, fecha de consulta 30 de diciembre de 2014.

²⁹⁷ Monge, Yolanda, “Obama Comienza a Desmantelar Guantánamo con la Ayuda de Aliados”, diario El País, ver en http://internacional.elpais.com/internacional/2014/12/07/actualidad/1417976424_850580.html, fecha de consulta 29 de noviembre de 2014.

²⁹⁸ Bassets, Marc, “Estados Unidos Destapa la Guerra Sucia de Bush”, publicado en El País el 9 de diciembre de 2014, ver en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/12/09/actualidad/1418144432_841703.html, fecha de consulta 9 de diciembre de 2014. Ver informe en <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/09/cce7a160cfbeeb86dcd1087d818d6b6c.pdf>, consultado 9 de diciembre de 2014.

²⁹⁹ Monge, Yolanda, “Bush Justifica la Tortura en la Guerra contra el Terrorismo”, publicado en El País el 9 de noviembre de 2014, ver en: http://elpais.com/diario/2010/11/10/internacional/1289343605_850215.html, fecha de consulta 9 de diciembre de 2014.

³⁰⁰ Entiéndase como violaciones sistemáticas de los derechos humanos fundamentales por un gobierno de *jure o de facto* hacia un individuo en cualquier circunstancia. Estados Unidos asumió el rol de un gobierno de facto mientras sus fuerzas armadas y de los aliados se mantenían ocupando Afganistán.

legal indefinidamente, sobre todo porque las hostilidades relacionadas con el conflicto han cesado y llegado a su fin.

¿Qué pasará con las demás naciones del mundo que también combaten contra el terrorismo e incursionan en otro Estado para combatirlo? Ello puede persuadir también a otros Estados a actuar de la misma manera, piénsese el citado ejemplo de Israel contra los palestinos, o la India y Pakistán recíprocamente; en casos como estos, la aplicabilidad de la norma pudiera estar en peligro para futuros conflictos como los que señalamos, creando un parte aguas³⁰¹.

Por otro lado, la “*guerra contra el terrorismo*” al ser posiblemente una prolongación de las consecuencias del conflicto armado interno transnacional desarrollado en Afganistán en el tiempo que incluye acciones extrajudiciales, ejecuciones, torturas, desapariciones forzadas de personas o su traslado entre países sin contar con defensa judicial, contravienen el debido proceso y el derecho a un *habeas corpus* que establece el derecho internacional de los derechos humanos.

Así, la operación militar llevada a cabo por Estados Unidos contra Bin Laden (2001-2011) de manera extrajudicial, contravienen no solo los principios del derecho internacional humanitario sino también del derecho internacional de los derechos humanos, pues la acción desaprensiva estadounidense confirma aún más que se trató de un “ajuste de cuentas” proveniente del supuesto “conflicto armado interno transnacional de alcance global” que no es un conflicto armado en los términos jurídicos previstos en los Convenios.

VIII. ¿Existe un conflicto armado interno transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda de carácter global regulado por el derecho internacional humanitario de acuerdo a su objeto y fin en el contexto de la “*guerra contra el terrorismo*”?

El presente análisis ahora debe basarse sobre la reflexión de la existencia de un supuesto conflicto armado transnacional de alcance global entre Al Qaeda y Estados Unidos especialmente, excluyendo el conflicto armado con Afganistán y el régimen de los talibanes; ello es así, no obstante que en referidas ocasiones traigamos a colación la

³⁰¹Ragavan, Srividhya and Mireles, Michael S., Jr. “Status of Detainees...”, *loc. cit. supra* en nota 263, p. 623.

intervención armada contra el territorio afgano que fue el acto desencadenante por el cual Estados Unidos ejemplificó el inicio, como hemos visto, de la llamada “*guerra contra el terrorismo*” contra Al Qaeda.

Llegado a este punto hay que establecer una diferencia sustancial entre la Al Qaeda como grupo armado que participó directamente en la guerra en Afganistán en apoyo del gobierno talibán, y la Al Qaeda de ahora, es decir, la organización terrorista global. En ese sentido, todo parece indicar que, fuera del conflicto armado en Afganistán, ya no se puede hablar de la posibilidad de la existencia de un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda por la falta de un espacio geográfico real donde se produzcan enfrentamientos directos.

En efecto, hemos analizado lo complicado que resulta asimilar la idea tendiente a señalar que las operaciones militares llevadas a cabo contra Al Qaeda en Afganistán se descarten como un conflicto armado interno “transnacional” entre ambas Partes. Estados Unidos afirma que existe un conflicto armado³⁰². Ahora bien, se podría concluir que existe un conflicto armado transnacional de carácter global entre Estados Unidos y Al Qaeda, o bien la posibilidad es muy remota, entre otras cuestiones, debido a que sólo se puede percibir el alto grado de hostilidades en una localidad específica³⁰³, imposible de probar entre los dos contendientes fuera de Afganistán, pues las supuestas “hostilidades” llevadas a cabo en la “*guerra contra el terrorismo*”, dista de ser en un lugar consolidado, donde, especialmente la Organización, pueda reclamar para sí³⁰⁴.

³⁰² Hongj Koh, Harold, “The Obama Administration and International Law”, Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, March 25, 2010, ver en <http://www.state.gov/v/s/l/releases/remarks/139119.htm>, fecha de consulta 25 de noviembre de 2014.

³⁰³ Balendra, Natasha, “Defining Armed Conflict”, en *Cardozo Law Review*, vol. 29, 2007-2008, pp. 2461-2516 (2511-2512).

³⁰⁴ De cualquier manera, los atentados del 11S forman parte de las hostilidades que dieron origen al supuesto conflicto armado transnacional de alcance global. En ese tenor, una mirada al desarrollo de cómo se produjeron los ataques terroristas denota la magnitud del mismo, confirmado por la cantidad de personas civiles que perecieron, así como por los cuantiosos daños materiales y psicológicos dejados tras el ataque. Las constantes amenazas reiteradas por parte del grupo de continuar con la práctica, evidenciaron que los atentados de ninguna forma se reducían a simples actos esporádicos o aislados de violencia armada como sucede con los disturbios interiores, sino que fueron planeados y ejecutados con suma preparación y sutileza. Si bien los hechos acontecieron de forma espontánea, también es cierto que se han desmantelado otros tantos, además del descubrimiento de posibles atentados que han podido ser detectados a tiempo, de ahí que Estados Unidos decidiera implementar un riguroso sistema de protección y seguridad después del 11S, pues de lo contrario se seguirían sumando ataques continuos con gran capacidad de destrucción. Por consiguiente, estos eventos son suficientes para sostener que los ataques terroristas cayeran dentro del umbral de hostilidades habitualmente exigido por la costumbre internacional para poder aplicar el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, lo que no habría sido posible sin la intervención de Estados Unidos. Sin embargo, la respuesta estadounidense a los atentados

Parece, pues, que algunos de los elementos que podrían suscitar la existencia de un conflicto armado interno transnacional de carácter global entre estos dos contendientes carecen de importancia o simplemente se descartan ya por falta de un contexto hostil propio de un conflicto armado interno clásico que no se produce en “*la guerra contra el terrorismo*”. En suma, estamos hablando, por ejemplo, de que para este propósito Al Qaeda incumple con los requisitos para ser un grupo armado organizado; también que Al Qaeda sólo ha atacado una vez o quizás dos veces a Estados Unidos partiendo de la fecha de los atentados del 11S, reduciéndose así la existencia real de hostilidades o la prolongación de una confrontación continuada en un territorio específico inclusive; asimismo, que otros atentados perpetrados antes del 11S se consideran aislados, son los citados ataques a las embajadas de Estados Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania) en Agosto de 1998, así como el ataque al buque USS Cole en la costa de Yemen en Octubre de 2000, todos atribuidos a Al Qaeda³⁰⁵.

Más aún, significa poner en duda que la Organización tiene algunas bases de operaciones en territorio afgano y norte de Pakistán y, que Estados Unidos sólo intervino en ese país para derrocar el régimen de los talibanes, y no para desarticular las señaladas bases de operaciones de la organización terrorista. De la misma manera que la “*guerra contra el terrorismo*” existe únicamente en el discurso, que el término está mal empleado; conjuntamente significa poner en duda los objetivos de la Organización; que es organización criminal internacional global y nada más, y que por tanto Estados

fue y sigue siendo de dimensiones extraordinarias también cuando para dar con los responsables se tuvo que intervenir todo un país –Afganistán– e iniciar una persecución a escala global contra la organización terrorista. En referencia a la prolongación, los atentados terroristas son incapaces de ser continuos o prolongados debido a que se requiere de mucha planeación para ejecutarlos en la medida que se perpetran de manera clandestina. Pero mientras persiste la amenaza de continuar la práctica, el oponente también está dispuesto a prevenir cualquiera de esos actos y contraatacará en caso de ocurrir, haciendo que el conflicto se prolongue indefinidamente, pues la guerra preventiva iniciada por Estados Unidos contra el terror así lo proclama; de la misma forma, es poco previsible que Al Qaeda deponga las armas en los años venideros porque el conflicto ha acrecentado el matiz político y religioso que lo sustenta. Es así cuando analizamos los últimos enfrentamientos armados internos más importantes en el norte de África que han depuesto gobiernos y aquellos en los que han tenido que intervenir las grandes potencias europeas, iniciados tras la primavera árabe de 2011 en Túnez, Egipto, Libia, Yemen y Siria (2012) y otros tantos en situaciones turbulentas. La ayuda militar a los rebeldes que lucharon en Libia por las grandes potencias europeas y aprobada por la ONU (Resolución S/RES1973, de 17 de marzo de 2011), así como la intervención diplomática y supresión de ayudas económicas en otros tantos Estados árabes, han sido vistos por Al Qaeda como incremento del dominio económico, político y religioso de dichas potencias en la región.

³⁰⁵ Murphy, Sean D., “Terrorist Attacks on World Trade Center...”, *loc. cit. supra* en nota 209, p. 239.

Unidos carece del derecho para perseguir a la organización por medio del uso de la fuerza.

En contra de estos postulados, Curtis Bradley y Jack L. Goldsmith apuntan que, a pesar de las características inusuales de la “*guerra contra el terrorismo*” y la estrategia política para llevarla a cabo, así como de la ilegalidad de muchos de sus actos, ésta posee elementos más reveladores de una guerra tradicional que los señalados por algunos autores citados en esta investigación. Según estos especialistas, la naturaleza del curso de esta guerra se extiende hasta los intentos de Al Qaeda de poseer o fabricar armas de destrucción masiva y usarlas contra Estados Unidos; ponen el ejemplo, además, de que los cuantiosos recursos usados por el gobierno estadounidense en la lucha contra el terrorismo y Al Qaeda en Afganistán y otros países, y las operaciones de combate realizadas contra ellos, caracterizan los enfrentamientos como una guerra verdadera³⁰⁶.

En ese sentido, se cree que la intervención estadounidense y sus aliados en Afganistán (2001) ha trascendido de lo territorial a lo global en la llamada “*guerra contra el terrorismo*” contra Al Qaeda. Se anuncia es una guerra sin un único espacio geográfico donde desarrollarse sino en cualquier parte del mundo donde el enemigo sea visto según había proclamado el gobierno de ex presidente norteamericano George W. Bush en su discurso un día después de los atentados del 11S de 2001.

En esa misma línea, algunos especialistas sobre la “*guerra contra el terrorismo*” impulsada por Estados Unidos, coinciden en que existe un conflicto entre Estados Unidos y Al Qaeda considerando que Estados Unidos se ha impuesto perseguir tenazmente a los combatientes de Al Qaeda, y que algunos se encuentran reclusos en Guantánamo (Cuba), capturados en el controvertido conflicto armado transnacional e internacional desarrollado en Afganistán, y que sí cumple con los requisitos para constituir un conflicto armado, inclusive devenido de actores no estatales como una organización terrorista nacional o internacional³⁰⁷. Pero también es cierto que pocos

³⁰⁶Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., “Congressional Authorization and the War on Terrorism”, *loc. cit. supra* en nota 230, p. 2068.

³⁰⁷Jinks, Derek, “The Temporal Scope of Application...”, *loc. cit. supra* en nota 188, p. 8; Slaughter, Anne-Marie and Burke-White, William, “An International Constitutional Moment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 43, n. 1, 2002, pp. 1-22.

académicos se refieren a la categoría del conflicto existente de manera abierta; descartan que sea un conflicto armado internacional, debido a que Al Qaeda de ninguna forma tiene el *status* de un Estado ni mucho menos cuenta con población y gobierno propio³⁰⁸, y porque tampoco reúne las condiciones para ser una milicia de acuerdo a los requisitos establecidos en el artículo 4 del tercer Convenio³⁰⁹. Por ello en algunas opiniones se señala que es una guerra en sentido metafórico y no un conflicto armado³¹⁰.

Es cierto que, tal como hemos apuntado, ni el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ni ninguna otra norma de derecho internacional humanitario hacen señalamientos sobre los llamados conflictos armados de tipo transnacional, puesto que en el momento de la adopción de dichos Convenios esa figura jurídica se ignoró. Sin embargo, el artículo 1 del Protocolo Adicional II es claro y argumenta que sus normas se aplican a todo conflicto armado que no esté cubierto por el Protocolo Adicional I y que tampoco sea un conflicto armado internacional, que se desarrolle entre el Estado y una fuerza armada disidente o un grupo armado organizado, lo podría estar pasando entre estos dos contendientes a nivel global.

De aquí que algunos autores llamen la “*guerra asimétrica*” a los enfrentamientos entre Estados Unidos y Al Qaeda específicamente³¹¹, debido, entre otros factores, a la disparidad de los actores enfrentados, la estrategia militar para hacer la supuesta guerra, los medios militares y tecnológicos con que cuentan, los objetivos perseguidos, sus diferencias ideológicas, entre otras características que los hacen muy diferentes el uno al otro.

Asimismo, utilizar el término “guerra” para definir los enfrentamientos militares, logísticos y estratégicos entre Estados Unidos y Al Qaeda repercute significativamente en la calidad del grupo, pues Al Qaeda aparece como un oponente bastante fuerte y

³⁰⁸Mrázek, Josef, “Armed Conflicts and the Use of force”, *loc. cit. supra* en nota 102, p. 108.

³⁰⁹Vierucci, Luisa, “Prisoners of War or Protected Persons...”, *loc. cit. supra* en nota 23, pp. 293-295.

³¹⁰Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., “Congressional Authorization and the War on Terrorism”, *loc. cit. supra* en nota 230, p. 2066; Paust, Jordan J., “War and Enemy Status After 9/11:...”, *loc. cit. supra* en nota 202, p. 326; Clutterbuck, Lindsay, “Law Enforcement”, en *Attacking Terrorism: Elements of A Grand Strategy*, Audrey Kurth Cronin and James M. Ludes (eds.), Georgetown University Press, Washington, D.C., 2004, pp. 140-161(140).

³¹¹Piris, Alberto, “Apuntes sobre la Guerra “Asimétrica”, *loc. cit. supra* en nota 243, pp. 135-140; Tortosa Blasco, José María, “Estados Unidos y su “guerra contra el terrorismo”: continuidad o cambio”, en *Escenarios de crisis: fracturas y pugnas en el sistema internacional*, Anuario Ceipaz 2008-2009, n. 2, Manuel Mesa (coord.), Icaria, 2008, pp. 255-270.

organizado. Así, de esta manera, se percibe como una guerra asimétrica entre ambos actores, también llamada la Cuarta Guerra Mundial; y, cualquiera que sea su denominación, lo cierto es que se lleva a cabo en el contexto actual orden internacional.

La retórica sobre “guerra contra el terrorismo” y contra Al Qaeda específicamente llevada a cabo por Estados Unidos, obedece a que considera a la organización terrorista con la suficiente fuerza y organización como para retarla a una guerra convencional comparable a la que se da entre un Estado y un grupo armado organizado, sin que sea un discurso para sólo intimidar o disuadir al oponente. Estas afirmaciones y su correspondiente actuación por parte de Estados Unidos, califican a Al Qaeda para ser Parte en un conflicto al que no se puede precisar a ciencia cierta de qué tipo se trata.

El conflicto armado en Afganistán en el que participó Al Qaeda, y la subsiguiente “*guerra contra el terrorismo*” siendo alusión sobre todo al combate al terrorismo global en el que se encuentra inmersa principalmente la Organización, se tiende a especificar como un todo, complicando tanto para definir si existió un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda o si todavía existe.

Ahora bien, el poder adquirido por Al Qaeda, manifestado por el recrudecimiento de los atentados terroristas contra intereses estadounidenses y contra las principales potencias aliadas de Europa, demuestra que tiene la fuerza necesaria como para poder sembrar caos en el mundo con sus actos terroristas contra personas civiles. Los ha cometido además en Occidente, también en el mundo musulmán o árabe, como Egipto, Tanzania, Arabia Saudita, Yemen, Marruecos, Argelia, Indonesia, Irak, entre otros.

De todos modos, el CICR ha dejado claro que no es posible llamar la “*guerra contra el terrorismo*” como un conflicto armado en sentido jurídico, basando su criterio en el sentido tradicional de que debe haber al menos la existencia de “Partes” en conflicto, a lo que añade: fuerzas armadas o grupos armados con un mínimo de organización, orden jerárquico o estructura de mando y capacidad para aplicar el derecho internacional humanitario³¹². En ese sentido estricto tradicional parece poco previsible que las redes

³¹² CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* nota en 204, p. 21.

terroristas cumplan con todos los requisitos exigidos si sus miembros deambulan por el mundo³¹³ intentando cometer actos terroristas.

³¹³ En efecto, la diferencia que hay entre los miembros de Al Qaeda que habían combatido en Afganistán al lado de las fuerzas talibanas y las “células” de esa Organización que perpetran actos de terrorismo fuera del escenario de esa guerra, es decir Afganistán, se torna difícil reconocerlos como “*combatientes irregulares o no privilegiados*”, pues el terrorismo como método de lucha se planifica y se perpetra de forma clandestina. Por consiguiente, que no sea un enemigo visible a simple vista hace menos perceptible su participación en un conflicto armado evidenciando que se dificulte conocer contra quién se libra la guerra en caso de que la haya. Entonces, ¿cómo avistar a los miembros de éste grupo, que deambulan por el mundo, de forma encubierta, planeando atacar a su enemigo, poseyendo el estatus de *continuous combat function*? De aquí que Roy Schöndorf se pregunte si en esta “*guerra contra el terrorismo*” puede un miembro de Al Qaeda ser atacado mientras se encuentra durmiendo en su casa; o que por igual las fuerzas armadas del Reino Unido se vistan de personas civiles en sus operaciones contra Al Qaeda - ver Schöndorf, Roy S., “Extra-State Armed Conflicts:...”, *loc. cit. supra* en nota 192, p. 78. El criterio predominante según el CICR es que si la persona sigue asumiendo alguna función continuada en el grupo, es decir, participar directamente en las hostilidades, sin importar el lugar donde se encuentre, se presume que sigue con la condición de combatiente irregular, mas no la de una persona civil que asume ese mismo rol de forma espontánea y esporádica perdiendo su inmunidad mientras dure su participación - ver Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict*..., *loc. cit. supra* en nota 72, p. 206 -. La idea parece razonable porque ha sido precisamente ésta la circunstancia vivida durante la Primera y Segunda Guerra Mundial, en la que el enemigo podía estar en cualquier lugar del hemisferio y ser atacado, lo que hace la guerra contra el terror una *guerra de guerrilla*. Por tanto, siguiendo la afirmación del CICR, si el enemigo Al Qaeda en determinados momentos se presenta como una fuerza sin poder ser identificable, pero es un grupo que participa activamente en los hechos de violencia contra Estados Unidos y sus aliados, la exigencia de uniformes a sus miembros para que puedan ser reconocidos a distancia es más bien una costumbre vinculante a las fuerzas armadas regulares, milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados - en estos tres últimos el requisito es discutible, pues depende de su estatuto fundacional - establecida en el artículo 4 del tercer Convenio, los cuales disfrutarán del estatuto de prisionero de guerra. En cambio, para los conflictos armados internos, los requisitos del artículo 4 son inoperantes; tanto en el artículo 3 común como en el Protocolo Adicional II de 1977 se excluye cualquier disposición tendiente a reflejar que se otorgue el estatuto de prisionero de guerra a los rebeldes, pues no se consideran fuerzas armadas regulares. Lo que va en consonancia con que tampoco se señale que los grupos armados organizados deben ser identificados necesariamente por sus uniformes, y, por consiguiente, existe esta posibilidad únicamente para las fuerzas armadas disidentes principalmente en el sentido de ser un elemento identificativo más que uno de los requisitos que contribuyan a la conformación de un grupo armado organizado, sin lo cual la aplicación del derecho internacional humanitario sería ineficaz. Así, de esta manera, el conflicto armado creado por dichas fuerzas se aleja de ser calificado como simples tensiones internas y disturbios interiores, que carecen objetivamente de la posibilidad de ser vistas como auténticos grupos armados en las confrontaciones. En términos generales, la irregularidad de usar algún elemento identificativo podría ser una violación a unos de los principios del derecho internacional humanitario, pero ello de ninguna forma lo convierte en un elemento imprescindible para objetar la organización que pueda tener este grupo, tal como se ha podido analizar; lo que sí es exigido es que aplique el Protocolo, es decir, el derecho internacional humanitario (artículo 1.2 del Protocolo Adicional II), pero más bien capacidad, lo cual le obligaría aplicarlo. Sin embargo, para muchos de los grupos armados organizados, distinguir a sus miembros de las personas civiles se torna problemático porque su estructura organizacional se rige por un código de conducta diferente al de las fuerzas armadas estatales³¹³. Sin embargo, ello tampoco significa que no puedan ser Parte en un conflicto armado regulado por el Protocolo Adicional II en su artículo 1.2, como señalan los expertos en la *Guía de Interpretación*; que inclusive, muchas veces, su estructura pueda ser muy similar a las del Estado. Según algunos expertos, el derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internos muestra un concepto de grupo armado organizado para indicar fuerzas armadas no estatales con un criterio estrictamente funcional, es decir, que realice operaciones de comando, combates, logística y de inteligencia, entre otras afines, por las cuales un miembro del grupo puede fácilmente ser distinguido de una persona civil y ser considerado “*combatiente*” si mantiene concretamente la *función de combate continuo*, por lo que la simple exigencia de signos distintivos, si bien se considera fundamental, tampoco es determinante - ver ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009, *IRRC*, vol. 90, n. 872, 2008 -. Además, como afirma Rosa Ehrenreich, a

Pero, para muchos de los grupos armados organizados, distinguir a sus miembros de las personas civiles se torna problemático porque su estructura organizacional se rige por un código de conducta diferente al de las fuerzas armadas estatales³¹⁴. Sin embargo, ello tampoco significa que no puedan ser Parte en un conflicto armado regulado por el Protocolo Adicional II en su artículo 1.2, como señalan los expertos en la *Guía de Interpretación*; que inclusive, muchas veces, su estructura pueda ser muy similar a las del Estado. Según algunos expertos, el derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internos muestra un concepto de grupo armado organizado para indicar fuerzas armadas no estatales con un criterio estrictamente funcional, es decir, que realice operaciones de comando, combates, logística y de inteligencia, entre otras afines, por las cuales un miembro del grupo puede fácilmente ser distinguido de una persona civil y ser considerado combatiente si mantiene concretamente la *función de combate continuo*, por lo que la simple exigencia de signos distintivos, si bien se considera fundamental, tampoco es determinante³¹⁵.

Estas afirmaciones conducen a pensar que estamos ante un “*conflicto hipotético*” fuera del marco regulatorio del derecho internacional humanitario, que representa un escollo actualmente para los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977³¹⁶. De esta manera, el debate hasta ahora permanece para determinar a qué clase de conflicto se enfrenta el derecho internacional en su conjunto.

partir de finales del Siglo XX, en varios conflictos armados étnicos y religiosos como los de la antigua Yugoslavia, Ruanda y la RDC, grandes segmentos de la población civil se sumaron a las fuerzas combatientes con el objetivo de eliminar a los grupos opuestos, de modo que, la distinción de combatiente y no combatiente ha sido poco relevante en estos casos - ver Ehrenreich Brooks, Rosa, “War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, n. 675, 2004, pp. 676-760 (705-706) -. De todos modos, en primer lugar, ello no significa que esa norma tan fundamental y que constituye un principio de derecho internacional humanitario haya sido relegada únicamente a las fuerzas regulares en los conflictos armados internacionales o internos en cuanto a las fuerzas armadas del Estado, y en su lugar, la cuestión es que muchas veces un conflicto armado se torna tan complejo que las fuerzas se miden hasta por el color de la piel como la crisis del Apartheid en el conflicto sudafricano de la segunda mitad del Siglo XX lo puso en evidencia.

³¹⁴ Goldman, Robert Kogod, “Irregular Combatants and Prisoner of War Status”, en *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, César Gaviria (coord.), vol. I, 1998, pp. 767-784 (773).

³¹⁵ ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities..., *loc. cit. supra* en nota 313.

³¹⁶ Goldman, Robert Kogod. and Tittmore, Brian D., “Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law”, en *The American Society of International Law*, Task Force Papers, Washington, DC., 2002, pp. 1-58 (29); Pellet, Alain, “No, This is not War...”, *loc. cit. supra* en nota 249.

De la misma manera, si en el sentido metafórico existe una guerra, esta afirmación carece de lugar en el ámbito jurídico, y en la práctica, recordemos que, aunque difícilmente sea relevante para el inicio de un conflicto armado transnacional, hemos apuntado que han ocurrido acontecimientos cometidos por la organización terrorista que lo definen como un adversario o grupo armado organizado que data desde los años noventa con los intentos de destrucción del World Trade Center en el 1993 y 1996, seguido de los referidos ataques a la base militar estadounidense en Arabia Saudita, también los atentados contra sus embajadas el 7 de Agosto de 1998, en Nairobi y Dar es Salaam, así como el ataque al buque USS Cole en la costa de Yemen el 12 de Octubre de 2000, lo que puede indicar un patrón de conducta sucesiva de la posibilidad de la existencia de un conflicto armado transnacional global desde hace décadas³¹⁷, que toma fuerza tras los atentados del 11S³¹⁸.

Finalmente, apuntemos que fue la propia justicia estadounidense la que definió los enfrentamientos entre Estados Unidos y Al Qaeda como la existencia de un conflicto armado entre ambos, sin precisar cuál tipo de conflicto se refería si al sobrevenido de intervención armada en Afganistán o al de la “guerra contra el terrorismo” de alcance global. En el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, la Corte Suprema de Estados Unidos el 26 de Junio de 2006 entendió que había un conflicto armado entre Estados Unidos y Al Qaeda en el cual por lo menos el artículo 3 común era aplicable, y que la Comisión Militar designada para juzgar a Hamdan había violado el Código Uniforme de Justicia Militar de Estados Unidos y los Convenios de Ginebra de 1949, concretamente el artículo 3 común³¹⁹.

³¹⁷ Vierucci, Luisa, “Prisoners of War or Protected Persons...”, *loc. cit. supra* en nota 23, p. 289.

³¹⁸ Estos acontecimientos se inscriben dentro de un estado general de hostilidades que comenzó inclusive mucho antes de que estos atentados ocurriesen. Se señala la declaración de guerra o yihad de 1992 emitida por Osama Bin Laden para dar muerte a toda fuerza estadounidense en territorio islámico, seguida de la declaración de 1998 reafirmando lo anterior, como el inicio del conflicto armado. Vid. Guilliland Dalton, Jane, “What is War? Terrorism As War After 9/11”, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 12, n. 2005-2006, pp. 523-533 (524).

³¹⁹ Salim Ahmed Hamdan, ciudadano de Yemen, fue detenido el 24 de noviembre de 2001 en pleno conflicto armado internacional con Afganistán y llevado a Guantánamo; acusado por Estados Unidos en julio de 2004 por conspirar para cometer actos de terrorismo ante una Comisión Militar formada por el ex presidente George W. Bush que lo declaró combatiente enemigo. Su captura obedeció a que fue encontrado en posesión de misiles tierra-aire para ser usado en plena guerra durante la invasión de la coalición liderada por Estados Unidos. Se le acusó además de ser miembro de Al Qaeda y haber sido chofer de Osama Bin Laden. Vid. el análisis de Dehn, John C., “Why Article 5 Status Determinations are not ‘Required’ at Guantánamo”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 2, 2008, pp. 371-383; Milanovic, Marco, “Lecciones para los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario en el Guerra

De todos modos, en sentido jurídico continúa siendo muy difícil concebir la idea de que existe un conflicto armado de alcance global entre estos dos contendientes, pues, tal como opinó el CICR, la “guerra contra el terrorismo”, fuera del contexto de un conflicto armado, sería mejor definido con la expresión “lucha contra el terrorismo”, lo cual engloba toda una serie de mecanismos dirigidos a hacer efectiva esa lucha como la cooperación judicial y policial, compartir información de inteligencia, presión económica, financiera y diplomática, etc.³²⁰.

IX. Hacia el fortalecimiento de las normas que regulan los conflictos armados internos

Es conocido que el término “terrorista” en los conflictos armados internos usualmente es usado con sentido peyorativo, por lo que tiende condicionar la aplicación del derecho internacional humanitario, por tanto, habría que reforzar los criterios a tomar en cuenta lo que se refiere a los actores enfrentados, de modo que las organizaciones terroristas o tachadas de esa forma nacionales y transnacionales con estructura militar que realizan actos hostiles en un territorio, como es el caso de Al Qaeda y el llamado Estado Islámico de Irak y el Levante – Estado Islámico - (ISIL – ISIS, IS o EI) que controlan gran parte del territorio de Irak y Siria, puedan ser tratados dignamente si sus miembros son capturados. Asimismo, ampliar la tipología de los conflictos armados internos en el que se configure un subconjunto, es decir, la participación de uno o varios Estados contra uno o varios grupos armados transnacionales, bien sin importar si su estatus jurídico se pueda definir como terrorista³²¹.

Pero, tal como apunta Marco Sassòli, hay una susceptibilidad generalizada de que la regulación de estos supuestos tipos de conflictos, especialmente como el que llevan a cabo Estados Unidos y Al Qaeda termine por otorgar cierta humanidad a un grupo que

contra el Terror: Comparación del Asunto Hamdan con el Caso Israelí de los Homicidios Selectivos”, en *IRRC*, vol. 89, n. 866, 2007, pp. 373-393 (375-381).

³²⁰ CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* nota en 204, p. 20.

³²¹ Se cree que esta aspiración podría considerarse superflua debido a que el artículo 3 común supone su aplicación a toda situación de conflicto armado que no sea de índole internacional, además de que dicho artículo debe ser interpretado evolutivamente, es decir, cubriendo inclusive el caso hipotético de un conflicto armado que surja en un Estado no Parte en los Convenios. Ver al respecto Pejic, Jelena, “The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye”, en *ICRC*, vol. 93, n. 881, 2011, pp. 1-37 (16-17).

ataca a las personas civiles e instituciones civiles como trenes, viviendas, edificios públicos y otros. No obstante ello, el autor cuestiona la forma de cómo a estos combatientes bajo el paraguas de ilegales se les prohíbe el estatuto de prisionero de guerra, y en cambio son deportados fuera de su país, pues como personas civiles no podrían serlo; y por otro lado, sí pueden ser acusados de crímenes de guerra de acuerdo al cuarto Convenio de Ginebra de 1949³²². ¿Entonces qué son? En efecto, adoptar una nueva norma que regule los conflictos armados transnacionales resulta muy complejo y dificultoso de elaborar, y comporta el riesgo de que sea una oportunidad para que el Estado amplíe su campo de acción deliberada de combatir a su enemigo, capturarlo y confinarlo en un centro de detención indefinidamente sin derecho a un juicio justo que defina su situación³²³.

Por otro lado, hay principios como el de territorialidad que deberían tomarse en cuenta, y de hecho el CICR ya lo ha estado considerando en ocasión del conflicto armado entre Israel y Líbano - Hezbolá³²⁴, cabe decir también Estados Unidos contra el EI y otros grupos armados en Siria. Aquí la territorialidad podría obstruir la adopción de normas que regulen estas situaciones. Es decir, cómo conciliar normas que permita a un tercer Estado penetrar en el territorio de otro Estado con la excusa de combatir a un grupo armado sin que ello implique violación a la soberanía territorial del Estado en el que supuestamente se encuentra el grupo armado; cómo evitar confrontaciones entre el Estado que alberga con o sin su consentimiento al grupo armado y el nuevo Estado que llega a combatir contra ese grupo armado³²⁵. Por otro lado, ¿cuál será el estatuto de los combatientes caídos, tendrán los mismos derechos ambas Partes en conflicto?

Por consiguiente, si nuevas normas fueran difícilmente aprobadas, una de las formas de disminuir las tensiones, cambiar el discurso hostil y respetar el derecho internacional humanitario lo puede constituir la celebración de un acuerdo especial entre las Partes involucradas. La ONU y el CICR tienen una vasta experiencia auspiciando estos tipos

³²² Sassòli, Marco, "Transnational Armed Groups and...", *loc. cit. supra* en nota 84, p. 19.

³²³ *Ibidem*, p. 39.

³²⁴ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja... *loc. cit. supra* en nota 136, p. 12.

³²⁵ Como ejemplo se puede citar los ataques aéreos realizados por una coalición de Estados dirigidos por Estados Unidos contra las bases y campamentos del IS sin contar con el aval del gobierno sirio. La situación ha tenido que ver porque Estados Unidos no es partidario del gobierno sirio al que considera una dictadura, régimen contra el que estaba planeando intervenir militarmente en agosto de 2013.

de acuerdos en los conflictos mundiales, sobre todo en los conflictos armados en la antigua Yugoslavia y otros en África como los de Sierra Leona y el Congo; sin embargo, resulta complicado que Estados Unidos tenga la intención de someterse a un acuerdo o compromiso político con organizaciones terroristas como Al Qaeda, EI y adherentes, especialmente cuando los actos realizados por la organización sean contra la población civil, estructuras civiles y personas protegidas, propias del terrorismo civil; muy por el contrario a lo que dictan los Convenios de Ginebra de 1949. Pero la comunidad internacional nunca debe abandonar ese compromiso de llamar a las Partes a respetar el derecho internacional humanitario cuando las circunstancias de un caso imposibilitan llegar a un entendimiento, porque ello significaría atentar gravemente contra sus propios principios y objetivos de lograr proteger a las víctimas en todas circunstancias.

Los Estados deben comprender que permitir la aplicación del derecho internacional humanitario en una determinada situación de aparente conflicto armado de ninguna manera significa abandonar la búsqueda de los culpables, al contrario, hoy más que nunca los beligerantes conocen que ciertas violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos no tienen cabida en el estado actual del derecho internacional penal. Además, un acuerdo en el que se pretenda aplicar ciertas normas de derecho internacional humanitario se hará sobre el compromiso de que las Partes tengan los mismos derechos, obligaciones y garantías establecidos por los que se obliguen, en consecuencia cualquiera que viole sus principios podrá ser juzgado o sancionado. No en vano el CICR ha declarado que en aquellos casos en los cuales el terrorismo queda cubierto por el derecho internacional humanitario, no es, sin embargo, el único marco jurídico aplicable, sino también el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal³²⁶.

Por otra parte, en cuanto a la protección de las víctimas y sus bienes se refiere, es sabido que las normas aplicables en los conflictos armados internos se encuentran en desventaja respecto a las aplicables en los conflictos armados internacionales. En tal sentido, en sesiones llevadas a cabo en 2011 durante la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja el CICR presentó un proyecto de resolución e

³²⁶ CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* en nota 204, p. 22.

informe³²⁷ conteniendo algunas propuestas tendiente a fortalecer la protección, habida cuenta de que el artículo 3 común se evitó incluir protección especial a las personas detenidas que se encuentran en situación de vulnerabilidad (las personas detenidas bajo internamiento por razones administrativa y de seguridad ordenada por una autoridad administrativa o ejecutiva, o las personas detenida por orden judicial por considerarla presuntamente responsable de un delito), solamente señala de manera general que serán tratadas con humanidad; mientras que en el Protocolo Adicional II, si bien es cierto que se garantizan algunos derechos básicos a las personas privadas de libertad (artículos 5 y 6), tampoco es muy específico, de manera que susciten lagunas que resolver. Por tanto, el Comité orienta fortalecer las normas señalando las condiciones de detención por las que pasan las personas privadas de libertad y algunos de sus colectivos.

En primer lugar, el Comité opta por una mayor protección a las personas privadas de libertad de las que se tiene pensado incoar acciones penales, muy frecuente en estos tipos de conflictos, se trata, pues, de presuntos criminales. La Institución expresa algunas dificultades por las que pasan los detenidos en ese marco, a saber: falta de alimento, agua y ropa; carencia de servicios médicos y de instalaciones adecuadas; poco acceso o contacto con el mundo exterior y sus familias; en ocasiones las autoridades detenedoras no llevan un registro de ellos; se encuentran aglomerados por falta de espacio, y sin que sean separados por categoría y género, adultos y menores. El Comité pone énfasis también en el trato a las mujeres y las embarazadas, pues al ubicarlas con los hombres ponen en riesgo su seguridad, además de que necesitan estar en un entorno higiénico y saludable; respecto a los menores, se destaca la falta de acceso a la educación, contacto con sus padres y el mundo exterior.

En segundo lugar, el Comité subraya la falta de garantías procesales a los detenidos, pues muchas veces estos ni siquiera conocen las razones de su detención, y por consiguiente carecen de fórmulas para demandar la legalidad de la misma o su puesta en libertad, como consecuencia de ello desconocen hasta cuándo estarán internadas, traduciéndose todo esto en un sufrimiento constante tanto para sí como para sus familiares. Resalta el Comité que esas situaciones se producen también en Estados terceros a los que han sido trasladados los detenidos, Estados que han intervenido en

³²⁷ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja... *loc. cit. supra* en nota 136.

apoyo de una coalición o en el marco de una organización internacional o regional, contribuyendo así al *status quo* de lo que ocurre, por lo que cada quien sigue su propio patrón en lo referente a garantías procesales. El caso es que los detenidos durante el traslado pueden ser objeto de torturas, violaciones, otras vejaciones y hasta la privación arbitraria de la vida, y todo ello acontece mientras en los conflictos armados internos no hay norma que lo regule, notable ausencia en tanto que el cuarto Convenio de Ginebra de 1949 (artículo 45, párr. 4 – “principio de no devolución”), sí lo prevé.

Por otro lado, respecto a las personas internadas por razones administrativas, es decir, sin que medie una orden judicial de por medio pero que su internamiento es necesario para la seguridad del Estado, deben ser tratadas igualmente con humanidad y dársele la libertad lo más pronto posible a los fines de que el carácter excepcional que ello conlleva no derive en una detención arbitraria. Así pues, además de la regulación prevista en el citado artículo 5 del Protocolo Adicional II, a falta de disposiciones más detalladas y específicas el internamiento es regulado por normas relativas al derecho internacional humanitario consuetudinario, pudiendo ser relevantes en ese sentido algunas disposiciones contenidas en la cuarta Convención (artículos 42 y 78) y en el Protocolo Adicional I (artículo 75), demás de algunas normas correspondientes a los derechos humanos en lo que atañe al debido proceso establecidas en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³²⁸.

Conviene recordar que, tanto la detención por razones administrativas como de aquella que tiene por finalidad levantar cargos contra una persona, pueden constituir crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad si en el curso del internamiento se cometen algunas violaciones tipificadas como graves contenidas en los citados artículos, y si las condiciones de internamiento o detención resultan perjudiciales para la vida y salud de las personas sometidas. Por ello, es imprescindible que las autoridades bajo cuyo mando se encuentran las personas internadas informen a los afectados por esa medida de las causas que han motivado a su internamiento y provean todas las garantías judiciales del debido proceso para que puedan impugnarlo, o darles la libertad si las circunstancias

³²⁸Pejic, Jelena, “The Protective Scope of Common Article 3...”, *loc. cit. supra* en nota 321, pp. 18-22. También Pérez González, Manuel, “Una Misión Posible: Mejorar el Sistema de Eficacia del Derecho Internacional Humanitario”, en *España y la Práctica del Derecho Internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, José Martín y Pérez de Nanclares (dir.), Colección Escuela Diplomática, España, 2014, pp. 383-418 (400-403).

que lo motivaron han desaparecido³²⁹.

Del mismo modo, la Institución alerta por la debida preservación del medio ambiente, pues cada vez más observamos como grupos armados cometen atentados contra complejos industriales, instalaciones de elaboración de sustancias químicas y pozos de petróleos, cuyas consecuencias son nocivas para las personas y el medio ambiente natural. Y, dado que el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II nada disponen al respecto, el Comité alerta de que si bien es cierto que el derecho internacional consuetudinario prevé tomar debidas precauciones en la conducción de las hostilidades, encuentra que es necesario desarrollar su alcance y sus consecuencias, y que toda norma o medida destinada a garantizar la preservación del medio ambiente natural debe ser explícita y mejor elaborada que las existentes.

Finalmente, en cuanto a las personas desplazadas internas, el Protocolo Adicional II en su artículo 17 se prohíben los desplazamientos forzados, a menos que “*lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones imperiosas militares*”, pero ello no ha evitado que en los conflictos armados internos millones de personas se hayan visto obligadas a ser desplazadas de sus hogares y tierras, bien porque fueron forzadas o simplemente por culpa de la violencia, delito que como se analizará puede constituir un crimen de guerra o crimen contra la humanidad si dicho desplazamiento se ha realizado de manera arbitraria³³⁰. El caso es que se producen restricciones en la libertad de

³²⁹ Jelena Pejic ofrece una lista de las diferentes garantías de procedimiento a las que tienen derecho las personas internadas por una orden administrativa, que compartimos: derecho a información sobre la causas de su internamiento; derecho a ser registrado y que se conozca claramente el lugar donde se encuentra; los extranjeros en condiciones de internamiento tienen derecho a la asistencia consular; derecho a impugnar la legalidad su detención en un breve tiempo; revisión de la legalidad de su internamiento por un órgano independiente e imparcial; revisión periódica de la legalidad de su internamiento si continúa prolongándose; derecho a la asistencia jurídica; la persona y su representante legal tienen derecho a que las actuaciones sobre el procedimiento seguido tras el internamiento se haga en persona; derecho a tener contacto con su familia y a ser visitado; derecho a la atención médica y demás atenciones según su condición; permitírsele que pueda mostrar las condiciones en que se encuentra y el trato recibido; el acceso a las instalaciones donde se encuentran las personas internadas debe estar permitido. Ver Pejic, Jelena, “The Protective Scope of Common Article 3...”, *loc. cit. supra* en nota 321, p. 20; Pejic, Jelena, “Procedural Principles and Safeguards for Internment Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”, en *IRRC*, vol. 87, n. 858, 2005, pp. 375-391, versión español en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6guk92.htm>, fecha de consulta 11 de enero de 2015; Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non – International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2012, pp. 301-305; Arai-Takahashi, Yutaka, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction With International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009, pp. 486 y ss.

³³⁰ Willms, Jan, “Without Order, Anything Goes? The Prohibition of Forced Displacement in Non-International Armed Conflict”, en *ICRC*, vol. 91, n. 875, 2009, pp. 547-565; Jacques, Mélanie, *Armed*

circulación y dificultades para que estas personas puedan regresar a sus lugares o acceder a reasentamientos voluntarios. Según la Institución, opinión que compartimos, la clave para poder enfrentar esta situación es, en primer lugar, cumplir estrictamente con las obligaciones que impone el derecho internacional humanitario así como prevenir las violaciones, para lo cual se necesita un mecanismo viable de supervisión capaz de establecer responsabilidades, y en segundo lugar, prever la oportunidad de huir de las zonas de conflicto hacia lugares más seguros donde puedan vivir dignamente, siendo el Estado el llamado a garantizar esa carencia.

Sección Segunda. Los conflictos armados internacionales y la coexistencia de la doble distinción de los conflictos armados clásicos

I. Conflictos armados internacionales: algunas consideraciones para su redefinición

Los conflictos armados internacionales³³¹ constituyen el paradigma por el que se aplica todo el cuerpo del derecho internacional humanitario, debido a que en estos tipos de conflictos los Convenios de Ginebra de 1949 señalan textualmente infracciones graves a los mismos y a las leyes de la guerra. Se definen como una rivalidad política, militar y económica entre dos o más Estados que desean satisfacer intereses por medio del uso de la fuerza armada en situaciones extremas. Un conflicto armado internacional comprende en términos generales cualquier enfrentamiento militar entre dos o más Estados³³².

En este mismo orden, de acuerdo a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, se entiende que conflicto armado internacional es aquél donde se han declarado la guerra dos o más Altas Partes Contratantes, es decir Estados, o acudir al recurso de la guerra sin declararla, inclusive aunque uno de ellos no la haya

Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons Under International Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2012; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), “Desplazamiento Forzado y Crímenes Internacionales”, escrito por Guido Acquaviva, June 2011, pp. 1-28, ver en http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/o_pendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4e84794c2, fecha de consulta 19 de enero de 2015.

³³¹ Al analizar los conflictos armados internacionales partiremos de los conceptos clásicos de los mismos, excluyendo de antemano los conflictos armados internacionales que comenzaron como internos y luego se internacionalizaron, esto debido a que ya han sido analizados.

³³² En la segunda mitad del siglo XX, por conflicto armado internacional se entendía una lucha armada entre Estados con la finalidad de imponer un punto de vista político o imponer la voluntad de una de las Partes en conflicto, cuyo desarrollo implica la aplicación de las leyes de la guerra. Véase Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1983, p. 39 y Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 541.

reconocido abiertamente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 común a los Convenios.

En cuanto a la doctrina, se pueden citar algunos autores que han analizado la cuestión y ponderados por el CICR³³³, como por ejemplo Peter Gasser, quien señala que un conflicto armado internacional es aquél donde hay una agresión armada de un Estado al territorio de otro sin importar si una de las Partes en conflicto tiene capacidad en responder dicha agresión³³⁴. También, para Dietrich Schindler, un conflicto armado internacional es aquel que se ajusta al artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, es decir, cuando las fuerzas armadas de dos Estados deciden recurrir al uso de la fuerza armada sin importar el tipo de armamento; de cualquier manera, esta situación provoca que los Convenios entren en vigor para las Partes involucradas³³⁵.

Aquí es importante rescatar la posición mantenida por el CICR, a saber: la institución ha puesto en conocimiento las dos tesis que dicen por un lado, que las hostilidades deben alcanzar un cierto grado de intensidad a los fines de que queden excluidos los actos asilados de enfrentamientos entre Estados, como las incursiones fronterizas, incidentes navales, choques y provocaciones armadas, lo cuales por su baja intensidad no pueden ser calificados de conflictos armados, y por otro lado, los que consideran que la exigencia de umbral de intensidad de hostilidades dificultaría calificar este tipo de conflicto en la medida que se deba demostrar cuándo se ha alcanzado ese requisito. El Comité cree haber razones de sobra para evitar requerir un cierto grado de violencia como el hecho de que un combatiente capturado por el enemigo simplemente se le deba otorgar el estatuto de prisionero de guerra haya o no enfrentamientos³³⁶.

Nuestro punto de vista va en la misma dirección, aunque en términos prácticos parece que los actos enunciados al ser de baja intensidad y producir pocas víctimas o nada

³³³ ICRC, “How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?”, International Committee of the Red Cross (ICRC), Opinion Paper, March 2008, ver en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>, fecha de consulta 25 de noviembre de 2014.

³³⁴ Gasser, Hans Peter, “International Humanitarian Law: an Introduction”, in: *Humanity for all: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, in H. Haug (ed.), Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, pp. 510-511.

³³⁵ Schindler, Dietrich, The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols, *Revue CADI*, vol. 163, 1979-II, p. 131.

³³⁶ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja... *loc. cit. supra* en nota 136, p. 9

resultan insuficientes para dar origen a un conflicto armado, pero es que en los conflictos armados internacionales carece de sentido establecer un umbral de violencia, como se deduce también del comentario al artículo 2 del primer Convenio de Ginebra de 1949, al expresar que tampoco es necesario que durante el conflicto se intervenga con todas las maquinarias sofisticadas para aplicar el Convenio, pues tan pronto como una persona cae herida y es atendida desencadena su aplicación³³⁷.

Por otro lado, es necesario subrayar que el Protocolo Adicional I amplía la definición de conflicto armado internacional, lo que podría considerarse incluso como una redefinición de dicho concepto para incluir los conflictos armados en donde los pueblos sometidos por la colonización luchaban por conseguir su independencia política, constituyendo un avance de estos pueblos en su lucha por la libre determinación, pues generalmente la potencias colonizadoras, a pesar de que consideraban estos casos como conflictos internos, ni siquiera consideraban aplicable el artículo 3 común; además, el documento incluía los enfrentamientos contra sistemas políticos de segregación racial, a raíz especialmente de los hechos ocurridos en Sudáfrica de 1940 a 1990, donde se llevó a cabo la política del apartheid, todo ello bajo el principio del derecho de los pueblos a la libre determinación y su emancipación política. Lo anterior fue aprobado en 1977, un poco tarde respecto del proceso de descolonización de África, Asia y Oceanía que comenzó durante la segunda mitad del siglo XX.

En cualquier caso, se considera un gran adelanto para el derecho internacional, pues ya los combatientes capturados por la potencias colonizadoras debían tener un trato de prisionero de guerra como establecen los Convenios, especialmente el tercero relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, muy contrario al trato que recibían, pues en su mayoría se les consideraba rebeldes o delincuentes sin ningún derecho y cuando eran capturados se los asesinaba o sometía a degradación física. Piénsese por ejemplo, como apunta Tom Farer, que ni el Reino Unido en los casos de Kenia, Malaya y Chipre, ni Francia en el caso de Argelia, consideraban pertinente aplicar ni siquiera el artículo 3

³³⁷ Pictet, Jean S. (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949 Commentary, I Geneva Convention*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1952, p. 32, ver en: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf, fecha de consulta 11 de diciembre de 2014. Ver también Paulus, Andreas and Vashakmadze, Mindia, "Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict – A Tentative Conceptualization", en *IRRC*, vol. 91, n. 873, 2009, pp. 95-725 (98); O'Connell, Mary Ellen, "Defining Armed Conflict", en *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 13, n. 3, 2009, pp. 393-400 (397).

común³³⁸, a pesar de que en estas luchas los pueblos recibían constantemente ayuda de otros Estados comprometidos con la causa, como es el caso de Argelia que recibía ayuda de Túnez y Marruecos, razón por la cual se le hubiera podido dar una caracterización internacional al conflicto³³⁹.

Podríamos también citar casos muy específicos que pusieron en el debate tanto la definición clásica de los llamados conflictos internacionales y sus características, como el interés de los Estados de cumplir con la normativa del derecho internacional humanitario; ellos son indiscutiblemente la Guerra de Corea (1950-1953) y la Guerra de Vietnam (1958-1976).

Para el caso de la Guerra de Corea (1950-1953), se presentó la situación de saber ante qué tipo de conflicto estábamos. En principio, había opiniones divergentes que modificaban la idea generalizada de lo que se conocía como conflicto armado internacional, y sobrepasaba con mucho que se trataba de ese tipo de conflicto. Cuando finalizó la Segunda Guerra Mundial las grandes potencias se asignaron la Península de Corea que hasta el momento había sido ocupada por Japón, uno de los grandes perdedores de la Guerra. Así, la Península de Corea fue dividida en dos Estados, tomando como línea divisoria el paralelo 38: Corea del Norte bajo la dirección de la Unión Soviética comunista, y Corea del Sur bajo la dirección de los Estados Unidos de América capitalista.

Al iniciarse la guerra en 1950 entre las dos Corea, el Consejo de Seguridad de la ONU, en su Resolución 82 (1950) del 25 de junio, no tardó en llamar la invasión de las fuerzas armadas de la República Popular de Corea (territorio norte) más allá del paralelo 38 como una agresión contra la República de Corea (territorio sur), de lo que se deduce que para el Consejo se trataba de un conflicto armado internacional dentro del contexto de

³³⁸ Para subsanar la reticencia de Francia a aplicar el artículo 3 común en la guerra con Argelia, los tribunales franceses reconocieron el estatus jurídico de prisioneros de guerra a los rebeldes detenidos, ya al final del conflicto. Véase Forsythe, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts", en *AJIL*, vol. 72, n. 2, 1978, pp. 272-295 (277); Solf, Waldemar A., "The Status Of Combatants In Non International Armed Conflicts Under Domestic Law And Transnational Practice, en *American University Law Review*, vol. 33, n. 2, 1983-1984, pp. 53-65 (64). El Reino Unido tampoco quiso reconocer la aplicación del artículo 3 común con relación al conflicto armado con Irlanda del Norte. Los detalles del conflicto se pueden ver en: *Judgement of the European Court of Human Rights, Ireland v. the United Kingdom* (18 January 1978).

³³⁹ Farer, Tom, "Humanitarian Law and Armed Conflicts...", *loc. cit. supra* en nota 143, p. 52-54.

la Guerra Fría; inclusive en la Resolución hace referencia a los esfuerzos realizados de unificar las dos Repúblicas, lo que significa que se trataba de dos Estados diferentes, uno socialista, Corea del Norte, y el otro capitalista, Corea del Sur. Sin embargo, la Unión Soviética y los demás Estados que le brindaron su apoyo como la República Popular de China consideraban el conflicto como interno, o una simple guerra civil, en la que un régimen, en este caso la República Popular de Corea, ejercía cierto dominio sobre el territorio sur o República de Corea; del mismo modo, el CICR puso de manifiesto su interés en propiciar ayuda humanitaria con arreglo al artículo 3 común³⁴⁰, como una decisión política de la Organización considerada la coyuntura del momento en la que la URSS consideraba al gobierno de Corea del Norte como el toda la Península, y el del Sur reivindicaba lo mismo, por tanto se pensaba que el territorio en conjunto seguía formando un solo Estado³⁴¹.

Por otro lado, para el caso de la Guerra de Vietnam, en una carta persuasiva, el CICR solicitaba a las partes involucradas (en principio Estados Unidos y los dos Vietnam) considerar la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente las normas sobre protección de prisioneros de guerra³⁴², una forma sencilla de opinar que el conflicto era internacional, cuando de por sí ya lo era desde el principio, puesto que se trataba de un conflicto entre dos Estados independientes. Por ello, pese a que en ese momento Estados Unidos descartó la aplicación de los Convenios, luego se comprometió a mantener a los soldados capturados del Frente de Liberación Nacional (FLN) de Vietnam del Norte en el cuartel de su división, en vez de entregarlos al Ejército de Vietnam del Sur al que apoyaba; poco después la nueva política estadounidense sobre el trato dado a los prisioneros vietnamitas fue publicada en una sección del diario New York Times de 1966³⁴³. Por otro lado, el régimen de Saigón de Vietnam del Sur haría lo mismo.

³⁴⁰ Vid. Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos...loc. cit. supra* en nota 25, p. 55.

³⁴¹ Sobre la división del territorio y el conflicto véase Castillo, Santiago, *La Unificación de Corea: El Epílogo de la 'Guerra Fría'* Los Libros de la Catarata, Madrid, 2002, pp. 70-76.

³⁴² Carta fechada 11 de junio de 1965. Vid. Levie, Howard S., "Maltreatment of Prisoners of War in Vietnam", en *Boston University Law Review*, vol. 48, n. 3, 1968, pp. 323-359 (323), nota a pie de página 2 y 3. Para conocer más sobre la caracterización del conflicto véase a Baxter, Richard R., *Humanizing the Laws of War. Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron Stephen M. Schwebel and Charles Keever (eds.), Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2013, pp. 264-265.

³⁴³ Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos...loc. cit. supra* en nota 25, p. 58.

No obstante, hay que reconocer que la aplicación de los Convenios se tornaba un poco difusa debido a la naturaleza del conflicto, que repercutió en el comportamiento de los involucrados. En principio los vietnamitas luchaban contra la potencia colonizadora francesa por su libre determinación (conflicto armado interno, hasta la nueva disposición del Protocolo Adicional I de 1977 que estipulaba lo contrario) cuya independencia fue alcanzada cuando el régimen del norte proclamó la República Democrática de Vietnam (Vietnam del Norte), quedando Vietnam del Sur como la otra república; así se reconoció entonces en los acuerdos de 1954 de Ginebra, firmado entre las principales potencias como Francia, Reino Unido, China, la Unión Soviética y otros, sobre la situación futura de Indochina; dicho acuerdo preveía la realización de un referéndum³⁴⁴ sobre la decisión de unificar las repúblicas.

Cuando comenzó el conflicto en 1959, el gobierno de Vietnam del Norte creyó firmemente que el conflicto surgido era interno, y no reconocía a las autoridades de Vietnam del Sur asumiendo que ambas repúblicas eran un solo Estado; por tanto, describía a las tropas estadounidenses como intrusas, lo que alegaba para no aplicar los Convenios. Asimismo, también Estados Unidos daba por supuesto que el conflicto tenía características exclusivamente internas.

En nuestra opinión, y siguiendo los conflictos regionales de la Guerra Fría, el caso de Vietnam también es *sui generis*, pues el conflicto estalló de raíz con el elemento internacional antes de que las potencias decidieran participar militarmente en apoyo de una de las partes contendientes, ello es así recordando que el enfrentamiento se daba entre dos repúblicas, Vietnam del Norte y Vietnam del Sur, es decir, el conflicto vietnamita comenzó internacionalizado guiado por la influencia política de las dos superpotencias, que fue decisiva, recordando que cada una trataba de ampliar en todos los aspectos (filosófico, económico, político y militar) sus respectivas zonas de dominio político; en este sentido, poco importó la intervención militar extranjera para que comenzara el conflicto y después se internacionalizara, pues se entendía que Vietnam se encontraba entre dos proyectos internacionales: el capitalismo y el socialismo dentro de

³⁴⁴El referéndum nunca se realizó; ambas repúblicas se sumieron en lucha por el control del poder político, primero por separado y luego el Vietnam del Norte decidió apoyar a los grupos comunistas de la República de Vietnam del Sur, del cual se formó un grupo rebelde o guerrilla denominada Vietcong, y más tarde FLN; los enfrentamientos entre esta facción opositora con el régimen del sur y contar ésta con el apoyo del régimen del norte dio inicio al conflicto entre las dos repúblicas.

un contexto interno, aunque efectivamente estos tipo de conflicto armado internacional es muy difícil de definir, aún más cuando las potencias extranjeras participan en él de forma irregular con objetivos y estrategias equivocadas, haciendo que se prolongue indefinidamente el conflicto.³⁴⁵

Ahora bien, en cuanto a la presencia de organizaciones militares internacionales en los conflictos armados internacionales, muy especialmente la OTAN, este elemento es relativamente reciente, pues no fue hasta el fin de la Guerra Frías que han tenido una participación destacada en zonas de gran inestabilidad. En este sentido, el derecho internacional humanitario tampoco prevé la participación de organizaciones internacionales como signatarias de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales; aunque de hecho tienen capacidad para ser Parte por la condición de su subjetividad internacional.

Por otro lado, respecto a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internacionales, se percibe cada vez más una aceptación uniforme de los Estados de aplicar las normas humanitarias de referencia, debido al reconocimiento universal que tienen como costumbre internacional, así como por los avances del derecho internacional penal, particularmente en lo que se refiere a la codificación internacional y la correspondiente responsabilidad internacional penal del individuo por la comisión de violaciones de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general. Siendo los tribunales penales internacionales *ad hoc* establecidos por la ONU los principales contribuidores para hacer efectiva esta responsabilidad, y ahora la CPI, pues han puesto de manifiesto la importancia de proteger valores esenciales que la comunidad internacional cataloga como intangibles en el desarrollo de los conflictos armados.

II. La distinción clásica entre los conflictos armados internos y los conflictos armados internacionales, y la norma aplicable

El derecho de La Haya vino a regular ciertas formas de conducción de las hostilidades solo en la guerra entre Estados, de modo que en el derecho internacional clásico todavía no se hablaba de conflictos armados internos, salvo para las guerras civiles, tampoco reguladas aún. Con la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949, la comunidad

³⁴⁵ Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos...loc. cit. supra* en nota 25, p. 55.

internacional introdujo grandes cambios, por ejemplo, la protección de las víctimas de los conflictos armados pasaron a ser la prioridad número uno del sistema; se aumentó la regulación de la ratio de las guerras, es decir, se comenzó a regular las guerras civiles, que adquirieron el nombre de conflictos armados internos (aunque dicho término “guerra civil” se sigue usando aún en las relaciones internacionales), siendo en ese momento el artículo 3 común el marco regulador.

Desde entonces comenzaron a surgir distintas connotaciones sobre la calidad de las Partes que intervienen en un conflicto armado interno, suscitándose controversias en torno al mínimo exigido para que un grupo armado organizado sea Parte y por tanto adquiriera ciertos derechos y obligaciones. Así, quedó establecido que el derecho internacional humanitario ahora regulaba dos clases de conflicto armado: el internacional y el interno, permaneciendo fuera de este último las tensiones internas y los disturbios interiores y todo lo que esté por debajo de esa clasificación.

1. La calidad de las partes enfrentadas

Considerando el análisis anterior, las calidades de las Partes enfrentadas en los conflictos armados son las que definen su caracterización, es decir, si son dos o más Estados o el Estado mismo y uno o más grupos armados organizados quienes combaten. Así, si son dos o más Estados que recurren al uso de la fuerza para dirimir sus controversias, el conflicto se denomina internacional; en cambio si el conflicto se desarrolla dentro del espacio geográfico de un Estado, entre éste y uno o más grupos armados organizados, o entre dos grupos a la vez sin la participación del Estado, el conflicto se denomina interno.

En cuanto a los conflictos armados internos, cuando el Protocolo Adicional II en su artículo 1 hace referencia a grupos armados organizados, exige que estos grupos sean dirigidos por un mando responsable, y que puedan ejercer sus operaciones sostenidas y concertadas en una parte del territorio. Por tanto, como hemos señalado en esta investigación, no todo grupo que se presume organizado lo es, sino que deben cumplirse todos estos factores para que sea calificado como tal.

Por otra parte, los conflictos armados internacionales a primera vista se pueden

diferenciar de los internos en cuanto a que en los primeros las partes involucradas son los sujetos supremos del derecho internacional, es decir, los Estados, y después de haberse adoptado el Protocolo Adicional I se incluyeron los pueblos sometidos al yugo colonial y los dirigidos por regímenes racistas. Sin embargo, tras haberse aprobado los Convenios de Ginebra de 1949, se dieron situaciones que evidenciaron ambigüedad en cuanto a la calidad de las partes enfrentadas y pusieron en duda el tradicional concepto que definía esta categoría de conflicto, son nuevamente los casos de la Guerra de Corea (1950-1953) y la Guerra de Vietnam (1958-1976), además de los conflictos internacionalizados de Afganistán (1978-1989) y Nicaragua (1979-1984).

Como se puede apreciar, a pesar de lo fácil que resulta distinguir las calidades de las Partes en un conflicto armado internacional, existen factores todavía que pudieran generar controversias respecto a su clasificación, como lo es su estatuto jurídico; pues aunque para aplicar el derecho internacional humanitario en sentido general no es importante, algunas veces se convierte en preponderante para saber de qué tipo de conflicto armado se trata, porque ello repercutirá en el derecho aplicable. Para los casos de Corea y Vietnam, a pesar de que se consideraban como una guerra entre dos o más Estados diferentes, estas pruebas tampoco resultaban muy convincentes según las propias opiniones de los Estados que participaron en el conflicto; inclusive, también para el CICR, según lo derivado de algunas de sus actuaciones, como las que hemos señalado del caso de Corea específicamente.

2. Distinción respecto al derecho aplicable

Para determinar el derecho aplicable en los conflictos armados, en *la praxis* previamente se debe conocer si estamos ante un conflicto armado interno o uno internacional, que como se ha puntualizado, basta con conocer su estatuto jurídico. Dicho de otro modo, si son los Estados entre sí, estos entre uno varios grupos armados organizados o estos últimos a la vez.

Por consiguiente, una vez conocido el estatuto jurídico de las Partes enfrentadas o la categoría del conflicto armado, no resulta difícil verificar cuál es la respectiva norma que se debe aplicar; por un lado, en los conflictos armados internacionales se aplica prácticamente todo el cuerpo normativo del derecho internacional humanitario, y por

otro lado, en los conflictos armados internos tan sólo un mínimo de normas, pero que están basadas en los principios y fundamentos del derecho internacional humanitario, es decir, en el respeto y dignidad de la persona durante el conflicto. No obstante, en cuanto a esta última categoría de conflicto se refiere, con el transcurso del tiempo, cada vez se ha vuelto más complejo encontrar la línea divisoria entre ambos, la jurisprudencia al parecer se ha convertido en la principal fuente de análisis al respecto.

En ese sentido, podemos apuntar nuevamente la opinión del profesor Antonio Cassese que en los últimos años se estaba presentando una afinidad entre los conflictos armados internos e internacionales, logrando debilitar aún más la soberanía del Estado³⁴⁶; de tal manera que se aplicaba la misma normativa a ambos conflictos sin considerar alguna distinción importante. Inclusive, los avances jurisprudenciales del TPIY de que la injerencia extranjera en apoyo de un grupo insurgente podría internacionalizar un conflicto armado interno, se puede interpretar como que las normas aplicables a los conflictos armados internacionales alcanzan en cierto grado a los internos, o bien que en determinada situación se tenga que valerse de ese conjunto de normas para extender su aplicación a esta última categoría de conflicto. Es decir, en estos momentos y de acuerdo a los estudios sobre derecho internacional consuetudinario la división entre conflicto armado interno e internacional está siendo superada, de tal manera que se requiere un análisis profundo para cada conflicto armado que llegara a estallar en el mundo.

En cualquier caso, se destacan dos grandes grupos de normas aplicables a ambos tipos de conflictos por separado: los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 se aplican en los conflictos armados internacionales, y dependiendo de la magnitud y duración de un conflicto armado interno se aplica el artículo 3 común (conflicto armado interno menos intenso o de corta duración) o el Protocolo Adicional II de 1977 (guerra civil); es preciso recordar también el artículo 3 común es siempre aplicable tanto en los conflictos armados internos como en los internacionales. Asimismo, subrayar que los dos grandes grupos de normas poseen dos sistemas de protección: las personas civiles y los combatientes.

³⁴⁶Cassese, Antonio y Dimas, Mireille, *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*, Norma, Bogotá, Colombia, 2004, pp. 43-44.

En cuanto a la protección de las víctimas de los conflictos armados, al observar detenidamente estos tratados, se pueden distinguir algunas incongruencias que son determinantes al momento de aplicar la normativa a un conflicto armado interno, por ejemplo, el Protocolo Adicional II señala que la protección de las víctimas es lo fundamental, sin embargo, el artículo 3 común no hace mención alguna sobre esa cuestión. Por supuesto, carece de importancia discutir que el Protocolo señalado haya evitado seguir la misma línea argumental que el artículo 3 común, al contrario, el tratamiento por separado de la protección de las víctimas y las personas civiles viene a ser su complemento, pues se comprendió que son las más afectadas durante el conflicto; lo mismo podría decirse de la prohibición de ataques deliberados a la población civil y objetivos no militares, así como de la protección del medio ambiente, que son principios básicos del derecho internacional humanitario, aplicables a los conflictos armados internacionales de conformidad con el Protocolo Adicional I, pero que debido a su carácter consuetudinario se extienden a los conflictos armados internos.

En esa misma línea, el campo de aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internacionales respecto a las personas civiles tiene una protección más extensiva y detallada, y con un rango menor en los conflictos armados internos. Esa protección, además, se ve reforzada en lo deducido de artículo 51 numeral 1 del Protocolo Adicional I, al hacer referencia a “*otras normas aplicables de derecho internacional*”, por el contrario, en el mismo renglón, el artículo 13 del Protocolo Adicional II omite hacer la misma mención al respecto.

Se cree que tal exclusión tiene que ver con el hecho de que esta protección fue codificada cuando apenas fue posible regular los conflictos armados internos con la inclusión del artículo 3 común en los Convenios de Ginebra de 1949, y su desarrollo posterior en el Protocolo Adicional II de 1977, lo cual ha sido un gran avance en el sentido de que los Estados durante estos conflictos que han catalogado de dominio exclusivo de su soberanía siempre han sido reacios a adoptar normas que supongan una injerencia en sus asuntos internos. En cambio, las normas aplicables a los conflictos armados internacionales fueron codificadas cuando ya el derecho internacional consuetudinario había prohibido ciertos usos y costumbres de la guerra terrestre porque producían graves males y daños innecesarios tanto a los soldados del enemigo como a las personas civiles y la población civil. Concretamente a finales del siglo XIX se

adoptaron los Convenios de La Haya de 1899 y su Reglamento, de un proceso que comenzó en 1864 con el primer Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte que Corren los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña. Para el caso de los conflictos armados internos, la inclusión de la Cláusula Martens³⁴⁷ en el preámbulo del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, vino a subsanar esa omisión deliberada de un derecho internacional consuetudinario aplicable a estos tipos de conflictos³⁴⁸.

En cuanto al respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, la protección de los heridos, enfermos, náufragos, personal sanitario, médico y religioso, personal de protección civil y otros, las normas de protección en ambos tipos de conflictos siguen una misma línea uniforme y coherente³⁴⁹. Unas con más observaciones o detalles que otras dependiendo de la caracterización del conflicto, pero conservando su esencia, que conducen al mismo objetivo del derecho internacional humanitario, la protección de las víctimas durante conflicto armado.

En cuanto al grado de aplicación de la norma, cabe enfatizar que los conflictos armados internacionales cuentan con una normativa extensa y muy detallada sobre su ejecución, debido a que, como se anotó, su codificación data de los primeros inicios en que los Estados decidieron regular la conducta y práctica de la guerra sólo entre ellos en la segunda mitad del siglo XIX. No ocurre así con los conflictos armados internos, que

³⁴⁷ Las Cláusulas Martens tuvo una importancia esencial en la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales de 1977, tanto es así que se encuentra inmersa en los mismos Convenios. Fue propuesta por el delegado de Rusia von Martens y adoptada para tratar de definir la situación jurídica de las personas civiles que durante un conflicto armado de ocupación se levantaban en armas contra la fuerza ocupante. Pese a que el estatuto de estas personas ya ha sido resuelto en cuanto a que siguen siendo personas civiles que momentáneamente participan en las hostilidades y que por ende pueden ser atacado mientras dure tal participación, la cláusula continúa siendo igual de importante por su contenido, pues ésta estipula que en ausencia de un derecho común que aplicar en los conflictos armados, las partes se remiten al derecho internacional de *gentes*, reconocido por las naciones civilizadas y los dictados por la conciencia común de la humanidad. Sobre la cláusula Martens en sentido general véase Pérez González, Manuel, “Principios y “leyes” de humanidad en situaciones de conflicto...”, *loc. cit. supra* en nota 286, pp. 115-137; Pons Rafols, Xavier, “Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad...”, *loc. cit. supra* en nota 1, pp. 1095-1118; Cassese, Antonio, “The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?”, en *EJIL*, vol. 11, n. 1, 2000, pp. 187-216; Meron, Theodor, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, en *AJIL*, vol. 94, n. 1, 2000, pp. 78-89; Ticehurst, Rupert, “La Cláusula Martens y el derecho de los Conflictos Armados”, en *RICR*, n. 140, 1997.

³⁴⁸ Abresch, William, “A Human Rights Law of Armed Conflict...”, *loc. cit. supra* en nota 31, pp. 749-750.

³⁴⁹ Solf, Waldemar A. “The Status of Combatants in Non International Armed Conflicts...”, *loc. cit. supra* en nota 338, p. 54.

presentan un mínimo de normas de derecho internacional humanitario aplicables, pero con razones ineludibles para que se les reconozca como costumbre internacional en su mayoría e inclusive *ius cogens*, como es el caso de la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos, crueles y degradantes, pues lo que se quiso reflejar con su adopción fue la obligatoriedad de la protección de los principios básicos de humanidad y el total respeto a la persona humana.

Por ello, aunque el derecho de La Haya sobre la normativa en el combate y la conducta militar o conducción de las hostilidades en los escenarios de guerra se excluye en los conflictos armados internos, se ha recurrido al derecho internacional consuetudinario no escrito, que la gran mayoría de los Estados consideran le es oponible, para extrapolar algunas de esas normas a estos conflictos. Es decir, sí se deben guardar algunas de esas normas para ser aplicadas en los conflictos armados internos, como, por ejemplo, la posibilidad conceder el estatuto de prisionero de guerra para aquellos combatientes en los conflictos armados internos, norma que no figura ni en artículo 3 común ni en el Protocolo adicional II, pero que se puede llegar a conceder si las Partes así lo deciden mediante acuerdos especiales. Ello a pesar de que siempre ha habido reticencias de los Estados a aceptar que sus propios ciudadanos tengan derechos a atacar a sus fuerzas de seguridad nacional y al gobierno. En todo caso, de acuerdo a la costumbre internacional, a falta de acuerdo sobre la figura de prisionero de guerra, estos deben recibir un trato humano, disposición esta que trata de llenar ese vacío normativo.

Otro asunto que también hace la diferencia de ambos conflictos y que hemos puesto de manifiesto, lo constituye el hecho de que los cuatro Convenios de 1949 hagan mención a las infracciones graves en los conflictos internacionales, no así en cambio en los conflictos internos; aunque cada vez más se ha ido aceptando que las conductas prohibidas en el artículo 3 común pueden ser calificadas de también como infracciones graves³⁵⁰, como así lo han demostrado el TPIY y el TPIR, sistema de infracciones igualitarias que fue agregada al ECPI, concretamente en su artículo 8 c), d) y f). Son, por tanto, la jurisprudencia y la creciente una *opinio juris* las que están enmendando

³⁵⁰ El juez Abi-Saab opina que cada vez es más aceptado que el régimen de infracciones graves señaladas en el artículo 2 del Estatuto del TPIY contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I, tienen razones de peso para considerarlas aplicables también a los conflictos armados internos, si nos atenemos a una interpretación teleológica de los textos de acuerdo a su objeto y fin, aunque esta sea una opinión minoritaria, agregó. *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1), Appeal Chamber, Separate Opinion... *loc. cit. supra* en nota 350.

esta inacción denominativa en el artículo 3 común.

Por lo demás, subrayar que el derecho de los derechos humanos (derecho internacional de los derechos humanos) es igualmente aplicable en ambos tipos de conflictos armados como *lex generalis*, de ahí que como afirma del CICR hay influencia recíproca entre ambos derechos en la medida que sus objetivos buscan proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas³⁵¹ sea en tiempo de paz como de guerra, y en ese sentido ambos derechos se complementan, como tendremos la ocasión de señalar, salvo en algunos supuestos.

III. Las repercusiones del caso Nicaragua v. Estados Unidos en el conflicto yugoslavo: hacia la redefinición de los conflictos armados de carácter mixto: nacional e internacional

Cuando la CIJ tuvo que fijar su posición sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en el renombrado caso *Nicaragua*, se vio en la necesidad de hacer alusiones a la tipología de los conflictos armados. Es decir, señaló que el conflicto armado en Nicaragua, respecto a las violaciones del derecho internacional humanitario, debía regirse por dos vertientes: por un lado, los actos entre Nicaragua y *los contras*, por las normas aplicables a los conflictos armados internos, y por otro lado, las acciones de los Estados Unidos en y contra Nicaragua, por las normas pertinentes a los conflictos armados internacionales³⁵².

Con ello la CIJ estableció la posibilidad de que en un conflicto armado interno o meramente internacional, podrían converger, al mismo tiempo, las dos categorías de conflictos armados, y por tanto aplicarse las respectivas reglas de derecho internacional humanitario a cada tipo de conflicto correspondiente. De esta manera, sentó un precedente jurisprudencial que no fue tan determinante para declarar la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al quedarse sin comprobación que los actos de *los contras* hacia Nicaragua fuesen planeados, dirigidos y ejecutados con el control efectivo de Estados Unidos, que lo equiparase a órganos de éste último Estado; pero la sentencia sí fue esencial a los fines de conocer a futuro el

³⁵¹ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja... *loc. cit. supra* en nota 136, pp. 15 y ss.

³⁵² CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities... *loc. cit. supra* nota 47, p. 114, par. 219.

derecho aplicable en ambos conflictos; lo que sucedería con el conflicto en los Balcanes, aunque después algunos analistas hayan apuntado el uso equivocado de la prueba del caso *Nicaragua*.

Efectivamente, el caso *Dusko Tadic*, como hemos analizado también, ha dado lugar a un estudio más práctico de los conflictos armados. Dentro de dicha complejidad surge, al mismo tiempo, el concepto de conflicto mixto nacional-internacional, y se denomina así cuando el factor internacional lo convierte en internacional al mismo tiempo, al permanecer las partes enfrentadas en el mismo Estado territorial; no aplicándose el carácter mixto nacional-internacional para todos los conflictos armados internos que pudieron estallar en dicho territorio ni áreas circunvecinas.

Ante esta problemática, es conveniente anotar que se ha preferido aplicar todo el régimen del derecho internacional humanitario en todo territorio o escenario de guerra con múltiples conflictos de origen nacional e internacional conjuntamente. Esta visión totalizadora, teniendo como referencia principalmente al caso yugoslavo, se reforzó al considerar que sería artificial y poco objetivo dividirla en conflictos aislados y sin conexión entre sí con la intencionalidad de caracterizarlo como un conflicto armado internacional exclusivamente. Dicho enfoque integrador también fue propuesto por el juez Georges Abi-Saab, quien opina que un nuevo enfoque, de acuerdo a la práctica reciente, de la *opinio juris* de los Estados y de acuerdo a una interpretación teleológica de los Convenios de Ginebra de 1949 según su objeto y fin, sería aplicar, como un derecho internacional consuetudinario auxiliar a dichos Convenios, el régimen de infracciones graves aplicables no sólo a los conflictos armados internacionales como contempla el artículo 2 del TPIY, sino también a los conflictos armados internos³⁵³.

Precisamente, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido quisieron mantener esta decisión cuando dieron su voto para la aprobación del Estatuto en la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, que las infracciones graves a los Convenios se aplicase en todos los tipos de conflictos surgidos en la antigua Yugoslavia³⁵⁴. Por lo que no sólo debía incluirse los Convenios de La Haya de 1907 y los enunciados Convenios de Ginebra de

³⁵³ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1), Appeal Chamber, Separate Opinion... *loc. cit. supra* en nota 350.

³⁵⁴ O'Brien, James C., "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 87, n. 4, 1993, pp. 639-659 (646-648).

1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, sino también el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, habida cuenta de que el conflicto armado tenía tanto elementos internos como internacionales.

Es ésta también la opinión de Christopher Greenwood al considerar que hubo razones suficientes para determinar el carácter mixto del conflicto, en primer lugar por la elección de la fecha para la determinación de la jurisdicción del TPIY, cual fue elegida al azar y neutra (1 de enero de 1991), sin estar relacionada con ningún otro acontecimiento en particular; en segundo lugar, la constante referencia en las resoluciones del Consejo de Seguridad a que las Partes respeten el derecho internacional humanitario³⁵⁵, evitando hacer mención explícita al tipo de conflicto, aunque ello pueda deducirse del artículo 2 del Estatuto del Tribunal que contiene las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, aplicables a los conflictos armados internacionales, como quiso indicar Estados Unidos en su *Amicus Curiae* Brief³⁵⁶ cuando señaló que el conflicto en Bosnia-Herzegovina fue de carácter internacional, pero que el régimen de infracciones graves debe aplicarse inclusive a los conflictos armados internos; y tercero, los acuerdos celebrados entre Croacia, Bosnia-Herzegovina y Serbia-Montenegro el 22 de mayo de 2002, auspiciados por el CICR y concluidos bajo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, con el compromiso de aplicar además el régimen de infracciones graves, suponiendo con ello también el carácter internacional del conflicto³⁵⁷.

Por consiguiente, estos Estados han optado por seguir un ordenamiento integral de los escenarios estatales donde se desarrollan conflictos armados internos e internacionales, en especial Estados Unidos³⁵⁸. Así se deduce también de lo referido por la Comisión de Expertos en el sentido de aplicar todo el cuerpo del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales en el caso yugoslavo, debido a su

³⁵⁵ Particularmente la Resolución 764 (1992) de 13 de Julio.

³⁵⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-T), *Amicus Curiae* Brief to Support the Motion on The Jurisdiction of the Tribunal (numeral 35), 23 June 1995, par. 9. La *Amicus Curiae* es una invitación a comparecer ante una de las Salas de Primera Instancia del TPIY, para que un Estado, organización o persona presente comunicaciones o su parecer sobre un tema específico. Vid artículo 74 de Rules of Procedure and Evidence.

³⁵⁷ Greenwood, Christopher, "International Humanitarian Law and the Tadic Case", en *AJIL*, vol. 7, n. 2, 1996, pp. 265-283 (268-272). Sobre el compromiso en los acuerdos firmados confírmese en lo señalado por la Sala de Apelaciones: *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 73-74.

³⁵⁸ Meron, Theodor, "Classification of the Armed Conflict...", *loc. cit. supra* en nota 158, p. 238.

complejidad³⁵⁹, y a pesar de que en principio el conflicto en cuestión se caracterizó como interno, y continuó siendo así en lo que respecta a Bosnia-Herzegovina de una parte, en la guerra llevada a cabo entre los musulmanes bosnios contra el gobierno bosnio.

No obstante, las polémicas decisiones adoptadas por las Salas del TPIY en relación a los conflictos de estructura compleja que surgieron en la antigua Yugoslavia, demostraron la enorme barrera que existe para establecer un concepto para los conflictos mixtos o inclusive internacionalizados; por lo que no hay hasta el momento un componente comúnmente aceptado para darle una caracterización definitiva a dichos conflictos. Como obstáculo al enfoque mixto, se han puesto de manifiesto las repercusiones políticas de la Guerra Fría y sus intervenciones militares no tanto por la carrera armamentística sino por la hegemonía política mundial y el posicionamiento global de las grandes potencias que toleraba, permitía y dirigía muchas de las intervenciones de esa época.

Por otro lado, las teorías que en conjunto proponen una visión totalizadora de los conflictos armados se perciben en general poco entusiastas con esta clasificación integral, debido a que, como afirma James Stewart, ello significaría internacionalizar también un conflicto interno de cualquier naturaleza, es decir, sin tomar en cuenta si es un recurso a la fuerza entre Estados. El autor señala también el fallido intento que había hecho el CICR de incorporar explícitamente dicha premisa en el Protocolo Adicional I para que las normativas del derecho internacional humanitario referente a los conflictos armados internacionales sean aplicables a los conflictos internos en caso de intervención de fuerzas armadas extranjeras³⁶⁰.

En ese sentido, la “propuesta totalizadora” bastaría efectivamente para otorgarle carácter internacional a todo conflicto armado interno en un territorio, quedando pendiente cuál es la tipología de un conflicto armado interno, preocupación ésta que comparte el profesor Theodor Meron³⁶¹. Y es que, la visión integradora supone, como hemos enunciado, reformar a fondo el concepto de ambas categorías de conflictos, o

³⁵⁹ Final Report of the Commission of Experts (S/1994/67, 4 a) 27 May 1994, Sección II.A.

³⁶⁰ Stewart, James G., “Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict”, en *IRRC*, vol. 85, n. 850, June 2003, pp. 313-350 (335).

³⁶¹ Meron, Theodor, “Classification of the Armed Conflict...”, *loc. cit. supra* en nota 158, p. 241.

hacer incluso una fusión completa como propone Gutiérrez Espada³⁶², o parcial entre ellos. Así, la problemática del recurso a la fuerza entre Estados como requisito *sui generis* de los conflictos armados internacionales quedaría resuelta al excluir esta prerrogativa, o más bien conservarla, pero extendiendo su significado o denominación objetiva a los conflictos armados internos, es decir, incluir el uso de la fuerza entre el Estado y un grupo armado organizado. En consecuencia, la tipología de ambos conflictos quedaría resuelta al conocerse como un todo tanto el recurso a la fuerza entre Estados, como la provista entre el Estado y grupos armados organizados, o estos últimos entre sí.

Pero en definitiva, partiendo de los acontecimientos prácticos, además, la perspectiva de proporcionarle a los conflictos mixtos o internacionalizados un trato totalizador, resulta de difícil ejecución, debido a que si bien se puede aceptar una propuesta que podría funcionar en ciertas circunstancias, en términos prácticos estaría fuera de algún margen de justificación o argumentación, es por ello que el profesor Pérez González ve innecesario aplicar nuevas reglas, o bien, *tertium genus*, a los conflictos armados mixtos, prosigue el autor que deben seguir primando las normas aplicables a cada situación según las calidades de las Partes enfrentadas, partiendo de cada caso particular³⁶³.

Sin embargo hay que resaltar que estas observaciones siguen siendo discutibles, pues las diferencias en las normas aplicables en ambos tipos de conflictos armados - nacional e internacional - siguen siendo muy marcadas. Las que son aplicables en los conflictos armados internos se adoptaron para el tiempo en que los Estados mantenían total apego al principio tradicional de la soberanía del Estado y la no injerencia en sus asuntos

³⁶² Gutiérrez Espada, Cesáreo, “El Derecho Internacional Humanitario y los Conflictos...”, *loc. cit. supra* en nota 2, pp. 27-28. Al respecto cabe señalar que existe un proyecto sobre armonización de normas de derecho internacional humanitario cuyo objetivo consiste en explorar formas para que las reglas aplicables en los conflictos armados internacionales puedan al mismo tiempo ser aplicadas en los conflictos armados internos. El proyecto es el resultado de un estudio del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia, en colaboración con el CICR y varios expertos en derecho internacional humanitario. Ver Cleveland, Sarah, “Harmonizing Standards in Armed Conflict”, September 8, 2014, en EJIL: Talk!, publicado en <http://www.ejiltalk.org/harmonizing-standards-in-armed-conflict/>, fecha de consulta 18 de marzo de 2015; Oswald, Bruce “Ossie”, “The Harmonization Project: Improving Compliance with the Law of War in Non-International Armed Conflicts”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, n. 1, 2014, pp. 105-113.

³⁶³ Pérez González, Manuel, “Tipos de Conflictos y Aplicación...”, *loc. cit. supra* en nota 29, pp. 65-66; Pérez González, Manuel, “Una Misión Posible: Mejorar el Sistema de Eficacia...”, *loc. cit. supra* en nota 328, pp. 383-418.

internos; pero este principio que ha ido perdiendo fuerza debido al proceso de humanización que están experimentando las naciones a través del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, la prioridad de la comunidad internacional por la protección de los derechos humanos, así como el surgimiento de nuevos paradigmas políticos y económicos como la creciente interdependencia económica y política de los pueblos propiciada por el proceso de globalización que desconoce fronteras.

Por tanto, sería positivo estudiar a fondo esta propuesta y ponerla en agenda, pues a raíz de la desfragmentación de la caracterización de un conflicto armado, todo parece indicar que estamos en la antesala de una reestructuración del derecho internacional humanitario, partiendo efectivamente de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 y demás normativas; pues, como afirmó Gabrielle McDonald en 1998, la dicotomía que caracteriza la división o separación de los conflictos armados ya es insostenible³⁶⁴.

IV. El rol del CICR en la clarificación de los conflictos armados

El CICR goza de la función de asistir a los heridos y víctimas de los conflictos armados con arreglo a los Convenios de Ginebra 1949, los Protocolos Adicionales de 1977 y los estatutos de la propia institución, siendo también sus estatutos los que le han permitido ampliar esa tarea a los disturbios interiores, que a su vez le facultan velar por la aplicación, respecto y difusión del derecho internacional humanitario.

Asimismo, son los estatutos del CICR los que le autorizan contribuir a la comprensión del derecho internacional humanitario. Es esta, pues, la facultad que nos ocupa en estos momentos, sobre todo en lo atinente a la tipología de los conflictos armados y por tanto el derecho aplicable. Dicho esto, han sido dos las formas por medio de las cuales el CICR ha contribuido definir cuándo una situación determinada constituye un conflicto armado y de qué tipo: la primera, cuando después de haber hecho su evaluación confidencial solicita autorización a los Estados para asistir a los heridos, enfermos y detenidos, lo cual dependiendo de los argumentos planteados en la solicitud o de las circunstancias se puede deducir si estamos ante un conflicto armado interno o

³⁶⁴McDonald, Gabrielle Kirck, "The Eleventh Annual Waldemar A. Solf Lecture: The Changing Nature of the Laws War", en *Military Law Review*, vol. 156, 1998, pp. 30-51 (34-35).

internacional³⁶⁵ y segunda, cuando por medio de declaraciones públicas y conferencias adopta una postura jurídica, o bien ofrece una guía para entender una situación, como sucede en los informes extraídos de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

No obstante recordar que las opiniones del CICR tanto a nivel científico-académico como práctico en lo que se refiere a la clarificación de los conflictos armados, de ninguna manera implica que los Estados estén en la obligación de acatar su visión de una situación determinada, pero puede ser tomada en cuenta debido precisamente al rigor científico con que emite sus opiniones, que muchas veces su contenido refleja el carácter consuetudinario de sus argumentos, y por tanto lo convierte en una autoridad en la materia. Los planteamientos utilizados por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Dusko Tadic*, refuerzan el carácter *cuasi-vinculante* de los puntos de vistas fijados por el CICR en lo referente a la caracterización de los conflictos armados y el derecho aplicable³⁶⁶.

En conformidad con ello, independientemente de la postura asumida por las Partes en un conflicto, se ha podido observar que el CICR siempre ha optado porque las mismas apliquen las normas de derecho internacional humanitario lo más ampliamente posible como en el caso de la antigua Yugoslavia – concretamente en Bosnia-Herzegovina - ³⁶⁷. Es en esa circunstancia que el papel del Comité puede ser cuestionado más fácilmente si decidiera actuar debido a la dificultad jurídica que suscita calificar un conflicto armado complejo, debido a ello, en algunos casos - que no está obligado -, el carácter de un conflicto es deducido de su propia actuación a modo de discreción, mientras que en otros lo afirma rotundamente como fue en el caso de Afganistán en relación al trato a los detenidos en Guantánamo, que además de reconocer que se trataba de un conflicto

³⁶⁵ Tanto si el CICR solicita autorización a las autoridades del Estado para asistir a las víctimas con arreglo al artículo 3 común (conflicto armado interno) como lo si hace de acuerdo a la tercera Convención (conflicto armado internacional).

³⁶⁶ La Sala destaca el acuerdo alcanzado por las Partes basado en el artículo 3 común, que fue auspiciado por el CICR, que entendía que el conflicto era de carácter interno. Ver *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 73.

³⁶⁷ En el artículo 3 del acuerdo alcanzado el 22 de mayo de 1992 por las distintas facciones en conflicto en Bosnia-Herzegovina, se proponía que las Partes podían también acordar aplicar disposiciones referentes a los conflictos armados internacionales. La Sala destaca el acuerdo alcanzado por las Partes basado en el artículo 3 común, que fue auspiciado por el CICR, que entendía que el conflicto era de carácter interno. Ver *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 73.

armado internacional, argumentó que en caso de duda respecto al estatuto de los detenidos, debía ser un tribunal competente el que decidiera en ese sentido³⁶⁸.

Para el caso de conflictos armados de baja intensidad, los Estados ante estas situaciones pueden percibir su actuación como una intromisión en sus asuntos internos pese a la facultad que tiene el Comité en base a los Convenios de ofrecer sus servicios a las víctimas, de ahí que como apunta Milena Costa, la Institución haya optado por actuar con cautela para evitar comprometer su imagen de órgano imparcial, neutral e independiente, y en casos como los señalados utilizar términos genéricos para calificar esas situaciones (tensiones, disturbios, violencia interna, etc.) de dudosa aplicación del artículo 3 común³⁶⁹.

En concordancia con ello, - además de la complejidad del caso en la antigua Yugoslavia -, en relación a los conflictos internos internacionalizados, recordemos los precedentes de los conflictos armados de Corea y Vietnam: en el conflicto coreano, al CICR le pareció que dicho conflicto era interno porque la mayoría de los Estados involucrados no reconocían al régimen *de facto* instalado en Corea del Norte, por lo que fue con arreglo al artículo 3 común que solicitó propiciar asistencia humanitaria³⁷⁰; mientras que el caso de Vietnam no había ninguna duda de que se trataba de dos Estados independientes, por lo que el Comité aunó porque se aplicaran los cuatro Convenios, especialmente la tercera Convención³⁷¹.

En esa línea de conflictos armados contemporáneos de compleja calificación, el Comité ha contribuido a precisar el carácter del conflicto armado transfronterizo entre Israel, Hezbolá y Líbano en 2006 partiendo de una situación diferente de lo contemplado en la

³⁶⁸Pérez González, Manuel y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “El caso de los detenidos de Guantánamo...”, *loc. cit. supra* en nota 271, pp. 15-16, y nota a pie de página 12. También CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* nota en 204, p. 21.

³⁶⁹Costas Trascasas, Milena, *Violencia Interna y Protección...*, *loc. cit. supra* en nota 16, p. 130. La autora recalca que el Comité había decidido actuar a partir de 1935 en los casos de disturbios interiores tomando en cuenta los siguientes criterios: a) un cierto grado de gravedad en los disturbios interiores, b) una cierta duración de las circunstancias, c) una cierta organización en las partes en presencia y, d) la existencia de víctimas. Mientras para el caso de tensiones políticas no lo hacía hasta 1959. El caso es que en la actualidad lo hace con regularidad, no sin antes hacer un diagnóstico de cada situación. De la autora ver pp. 380-381.

³⁷⁰Vid. Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos...* *loc. cit. supra* nota 25, p. 55.

³⁷¹Carta fechada 11 de junio de 1965. Vid. Levie, Howard S., “Maltreatment of Prisoners of War...”, *loc. cit. supra* en nota 342, p. 323.

jurisprudencia de la CIJ y el TPIY, es decir, de un escenario en la que no se observaba que Hezbolá actuaba como órgano *de facto* del Líbano. En base a ello el Comité sostiene que el conflicto entre Israel y el Líbano fue de carácter internacional, mientras que el desarrollado entre Israel y Hezbolá fue de tipo interno³⁷².

Del mismo modo, además del conflicto armado citado, el CICR ha fijado su posición acerca de la tipología de mayoría de los conflictos armados internos contemporáneos independientemente del carácter vinculante de la posición fijada, por lo que adelanta que algunos son todavía objeto de controversias: a) el relativo al enfrentamiento tradicional entre las fuerzas armadas estatales y uno o varios grupos armados organizados; b) cuando dos o más grupos armados organizados se enfrentan entre sí dentro de un Estado, y puede ser originado por la carencia de una autoridad que gobierne; c) el enfrentamiento entre las fuerzas armadas estatales contra uno o varios grupos armados organizados que se han extendido al territorio de otro Estado, de manera que el Estado territorial incursiona en ese otro Estado para combatir al grupo armado- sin perjuicio de que se dé inicio a un conflicto armado internacional entre los dos Estados -; el conflicto surgido entre fuerzas armadas multinacionales autorizadas por la ONU u organismo regional para apoyar a un gobierno (conflicto armado interno multinacional) y, d) el polémico conflicto armado transnacional entre Estados Unidos y Al Qaeda, seguidores y adherentes³⁷³.

En cuanto a este último conflicto armado, es decir, entre Estados Unidos y Al Qaeda, el Comité deja claro que solo algunos casos podrían calificarse como conflicto armado interno, haciendo alusión en el informe de 2007 a los enfrentamientos armados entre los talibanes y Al Qaeda contra las fuerzas multinacionales de una coalición de Estados en apoyo de las autoridades de Afganistán³⁷⁴, argumento que ratificó en el informe de 2011; mientras que en la llamada “*guerra contra el terrorismo*” solo el enfrentamiento armado entre Estados Unidos y la Coalición contra Afganistán (bajo el régimen de los talibanes) constituyó un conflicto armado internacional, apartándose, el Comité,

³⁷² CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja... *loc. cit. supra* en nota 136, p. 12.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 11-12. Véase también Pejic, Jelena, “The Protective Scope of Common Article 3...”, *loc. cit. supra* en nota 321, pp. 1-37.

³⁷⁴ CICR, XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* en nota 195, pp. 9-10.

tajantemente de un conflicto armado de dimensiones globales en la “*guerra contra el terrorismo*”, contra Al Qaeda³⁷⁵ .

Como se puede observar, el CICR, en lo que concierne a la tipología de los conflictos armados internos complejos, está haciendo su aporte y con ello contribuyendo a la comprensión del derecho internacional humanitario, y lo está haciendo adaptando su postura a los nuevos retos y desafíos que se presenta esta parte del *ius ad bellum*.

³⁷⁵ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja... *loc. cit. supra* en nota 136, p. 12.

CAPÍTULO III.- LA CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO REGULADOR EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS DIRIGIDO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES Y LA POBLACIÓN CIVIL. EL SURGIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO

La regulación de los conflictos armados internos es relativamente reciente, se remonta a 1949 con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, seguido del Protocolo Adicional II de 1977. Es así porque en términos generales, el apego tradicional del Estado al control absoluto de su soberanía se había convertido en un obstáculo tendiente a aplicar ciertas normas de derecho internacional humanitario en esta categoría de conflictos armados. La actuación estatal en esta circunstancia, si bien podría traducirse en un incumplimiento de las obligaciones pertinentes dimanantes del derecho internacional humanitario consuetudinario, tiene su origen en evitar que, en muchos casos, algunos grupos armados organizados surgidos mayoritariamente de la propia población civil, adquieran ciertos derechos fácticos, como la capacidad de negociar y celebrar acuerdos, algo inaceptable para las autoridades estatales contra quienes quieren subvertir el orden público establecido, sobre todo, gobiernos legítimos y democráticamente elegidos.

En efecto, el análisis de fondo sobre la construcción de un marco regulador de los conflictos armados internos dirigido a la protección de las personas civiles y la población civil nos conduce a afirmar que aún existen ambigüedades muy diversas que solucionar entre la conceptualización y aplicación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977. Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda representa hasta ahora los ejemplos más claros de esta problemática, pero que al mismo tiempo ha tratado de cubrir con toda su fuerza dentro del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internos.

Por otra parte, distinguir las personas civiles y la población civil de los combatientes siempre ha sido crucial al momento de determinar el estatus de persona protegida. La jurisprudencia de ambos tribunales *ad hoc* ha hecho grandes contribuciones, y ha desarrollado el concepto relegando la nacionalidad de la víctima a un segundo plano, sobre todo cuando se trata de conflictos armados internos multiétnicos, donde la

población civil se determina por la sustancia de las relaciones y sus especificidades, debido a la lealtad de una persona hacia su misma etnia, como veremos en lo sucesivo.

Sección Primera. El derecho internacional humanitario: una conquista universal por la supervivencia y la dignidad del ser humano

I. Origen y evolución de normas de derecho internacional humanitario dirigidas a la protección de personas civiles en los conflictos armados con carácter general

El derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internos e internacionales divide la protección en dos núcleos: por un lado, la protección de la población civil, incluyendo los combatientes que hayan depuesto las armas, de los actos violentos o arbitrarios, y por otro lado, la protección de las personas civiles contra los efectos de las operaciones militares y actos hostiles de los combatientes.

La protección de las personas civiles en tiempo de guerra ha venido significando una conquista del derecho internacional humanitario dentro del rango de la protección de las víctimas de los conflictos armados. La normativa predecesora de la protección de las personas civiles a través de los tiempos ha sido la que tiene que ver con la protección de los heridos y enfermos en campaña, que data de la segunda mitad del siglo XIX, cuando se promovió por primera vez. En concreto, el 22 de agosto de 1864 se aprobó el primer Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los militares heridos o enfermos de los ejércitos en campaña. Éste Convenio representa el primer avance de la protección humanitaria, y por tanto del derecho internacional humanitario.

En esa misma línea, se tuvieron que abrir nuevos foros de discusión al mismo tiempo que se redactaba el Convenio de Ginebra de 1864. En La Haya se había iniciado un proceso dirigido a la creación de leyes que protegieran a las víctimas de un conflicto armado que incluían a las personas civiles. El Derecho de La Haya tiene como antecedentes los procesos que tuvieron lugar en el derecho interno de Estados Unidos y Rusia³⁷⁶.

No obstante, las personas civiles en principio no ocupaban un lugar preponderante dentro del campo de acción del derecho internacional humanitario. Así, una lectura del

³⁷⁶Abrisketa, Joana, *Derechos Humanos y acción humanitaria*, Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, 2004, pp. 45-49.

Convenio de Ginebra de 1864 nos lleva a concluir que la protección y el cuidado estaban dirigidos en última instancia a las personas involucradas directamente en un conflicto armado, sin incluir a las personas civiles, es decir, estaba dirigido a los militares heridos o enfermos. La práctica continuó con el Convenio de Ginebra de 6 de julio de 1906 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, sustituyendo a su antecesor.

Una de las principales aportaciones del Convenio de 1906 fue su aplicación hacia personas agregadas oficialmente al ejército (artículo 1), ampliando por tanto el rango de personas a proteger³⁷⁷. Pero fue el Código Lieber promulgado en plena guerra de secesión en Estados Unidos, que tenía como finalidad crear leyes y costumbres de la guerra, el desencadenante de los estudios sobre la conducción de las hostilidades, que necesariamente repercutían en la protección de personas civiles aunque ese no haya sido su principal objetivo³⁷⁸; pero por su dimensión y alcance se convirtió en el punto de referencia obligado para promover y entender la codificación del derecho internacional humanitario³⁷⁹.

De esta manera, la Declaración de San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868, si bien por un lado su objetivo principal consistía en prohibir el empleo de ciertas armas que agravarían inútilmente a las personas puestas fuera de combate, por otro lado llevaba implícita también la protección de personas civiles porque reconocía que la única finalidad legítima de los Estados en la guerra era el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo. Por tanto, se desprende de ahí que las personas civiles y la población civil no podían ser atacadas deliberadamente. Asimismo, la Declaración sirvió para establecer la diferencia entre combatiente y no combatiente, entendiéndose por esto último y para el caso en concreto el soldado puesto fuera de combate, permitiendo que surjan derechos para ese individuo y deberes de la potencia ocupante hacia él. En suma, la Declaración en sí misma constituyó un paso importante

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 46.

³⁷⁸ Petit de Gabriel, Eulalia W., *Las Exigencias de Humanidad en el Derecho Internacional Tradicional, 1789 – 1939: el marco normativo y doctrinal de la intervención de humanidad y de la asistencia humanitaria*, editorial Tecnos, Madrid, 2003, pp. 139-142;

³⁷⁹ El Código Lieber se convirtió rápidamente en el Código Militar para el ejército de la Unión Americana que sancionaba, entre otros delitos, la violación con la pena capital. Ver, Ojinaga Ruiz, M^a. del Rosario, “Tratamiento Jurídico Internacional de la Agresión contra Mujeres Civiles en Período de Conflicto Armado”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria, escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2003, pp. 1021-1050 (1025).

conducente a introducir una serie de principios para regular las leyes de la guerra³⁸⁰.

De ello se hacía eco también en la segunda Convención de La Haya de 29 de julio de 1899 y la cuarta Convención de La Haya de 18 de octubre 1907 sobre los usos y costumbres de la guerra terrestre, prohibiendo los ataques indiscriminados contra ciudades no defendidas³⁸¹. Una modesta protección hacia las personas civiles y la población civil en territorios ocupados la podemos encontrar en el Reglamento anexo a la citada cuarta Convención de 18 de octubre de 1907 en los artículos que van del 43 al 56, que establecía entre otras cuestiones, tomar medidas necesarias para conservar, salvo circunstancias imperiosas, el orden y la vida públicos, así como las leyes vigentes del país; estaba prohibido además obligar a los habitantes prometer juramento a la potencia ocupante; obligar a los habitantes a dar información sobre otro beligerante y de sus medios de defensa; irrespetar el honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, creencias religiosas y cultos; se prohibía el confisco de la propiedad privada, cometer acto de pillaje, etc.

No obstante, el principio de protección de personas civiles en tiempo de guerra fue ignorado en muchas ocasiones durante el transcurso de la Primera Guerra Mundial porque todavía no se encontraba consolidado, muy por el contrario, a veces se percibía a las personas civiles y las poblaciones civiles como objetivos militares legítimos, sobre todo por las movilizaciones masivas de pueblos y ciudades enteras para participar en la guerra, además de que personas no combatientes, sobre todo mujeres, fueron a trabajar en las zonas industriales de fabricación de armas, municiones, uniformes, etc.³⁸², mientras que muchos bombardeos contra poblaciones civiles ocasionados deliberadamente lo fueron con la intención de afligir la moral del enemigo³⁸³. De todos modos, las Convenciones antes citadas fueron esenciales para evitar un mayor número de víctimas.

³⁸⁰ Vid. Nabulsi, Karma, “Evolving Conceptions of Civilians and Belligerents: One Hundred Years After the Hague Peace Conferences”, en *Civilians in War*, Simon Chesterman (edit), A Project of the International Peace Academy, The United States of America, 2001, pp. 9-24 (12).

³⁸¹ Hensel, Howard M, *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, Howard M. Hensel (edit.), MPG Book Ltd. Bodmin, Cornwall, Great Britain, 2007, p. 106-107.

³⁸² Ward, Arthur, *A Guide to Wartime Collectables*, Pen & Sword Military, Great Britain, 2013, p. 68.

³⁸³ Buckley, John, “Air Power and the Modern World”, en: *War in the Modern World Since 1815*, en Jeremy Black (edit.), Routledge, London, 2003, pp. 237-257 (253).

En este sentido, durante la década de los treinta, el CICR³⁸⁴, preocupado por la suerte de la población civil en los conflictos armados, elaboró el proyecto Tokio, cuyos principios giraban en torno a la protección total de la población civil en manos del enemigo; pero, ante el estallido de la Segunda Guerra Mundial, se postergaron dichas iniciativas. Asimismo, en febrero de 1945 el CICR organizó una Conferencia con las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja en Ginebra para analizar con detalle los alcances y límites de los convenios internacionales existentes, que hasta ese momento protegían a las víctimas de los conflictos armados sin avances significativos respecto a la protección de personas civiles. Acto seguido, en 1947, terminada la Segunda Guerra Mundial, se celebró una Conferencia de Expertos Gubernamentales con la finalidad de preparar un nuevo convenio internacional considerando las experiencias recientes de la guerra en Europa y las masacres cometidas contra la población civil y los bienes de carácter civil, que tuvo un impacto muy negativo en la Guerra Civil Española (1936-1939), tomada en cuenta ahora para codificar ciertos derechos³⁸⁵.

Además, para el CICR este acontecimiento marcaría una línea de discusión sobre los límites entre la regulación existente en los conflictos armados internacionales y la falta de un régimen específico aplicado en los conflictos armados internos, no caracterizado hasta ese momento. Por tanto, con la idea de ordenar, desarrollar y codificar el derecho internacional humanitario se celebró en 1948 la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Estocolmo, Suecia, donde también se acordó revisar y adaptar a los nuevos tiempos los Convenios de La Haya de 1907, la Convención de Ginebra de 27 de julio de 1929 relativa a los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, así como el Convenio de 27 de julio de 1929 sobre el trato debido a los prisioneros de guerra. La Conferencia Internacional recomendó al CICR tomar todas las medidas necesarias para garantizar que los Proyectos de Convenciones junto a sus enmiendas se remitan a los gobiernos a los fines de que se convoque a una Conferencia Diplomática para la adopción de cada uno de ellos lo más pronto posible³⁸⁶. Conferencia ésta que se celebró

³⁸⁴ Para un estudio sobre el desarrollo histórico del CICR, consultar, Von Flüe, Por Carlo, “Anexo III: Historia de la Cooperación entre el CICR y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y Creciente Rojo”, en *Entre Emergencia y Desarrollo: cuestionamiento de las prácticas humanitarias*, Pirotte, Claire; Husson, Bernard y Grúnewald, Francois (Dir.), Icaria Editorial, Barcelona, 2002, pp. 219-224.

³⁸⁵ Wilmschurst, Elizabeth, *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, p. 33.

³⁸⁶ Ver CICR, XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Stockholm, 1948, Colonel Howard S. Levie Collection, pp. 92-93, ver en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_XVIIth-RC-Conference.pdf, fecha de consulta 17 de diciembre de 2014.

en Ginebra del 21 de abril al 12 de agosto de 1949 con la asistencia de más de 50 delegaciones de diferentes Estados³⁸⁷.

La Conferencia se alargó más de lo previsto, alrededor de casi cuatro meses (abril-agosto de 1949) de deliberaciones internas y ante el asombro de la comunidad internacional. En dicha Conferencia reinaba un ambiente de positivismo pero al mismo tiempo de preocupación entre los asistentes, pues en las relaciones internacionales comenzaba el clima de Guerra Fría con las implicaciones políticas y diplomáticas derivadas de la propia tensión permanente entre las superpotencias: Estados Unidos y la Unión Soviética. No obstante este clima de enfrentamiento, se logró la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949³⁸⁸.

En efecto, hasta la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949 se puede concluir que no había un conjunto de normas con carácter ampliado dirigidas a la protección de las personas civiles y la población civil, dado que los militares abarcaban todo el eje de análisis sobre quiénes deberían recibir protección en los conflictos armados existiendo tan sólo un mínimo de interpretación de protección hacia otras personas derivado del Reglamento anexo a la cuarta Convención de La Haya de 1907.

II. La protección de las personas civiles en los conflictos armados internos

En el contexto del derecho de La Haya, la protección de las personas civiles en los conflictos armados estaba relegada a un segundo plano, dado que las normas existentes estaban dirigidas a la conducción de las hostilidades, si bien en forma indirecta protegían también a las personas civiles porque se prohibieron algunos medios y métodos de hacer la guerra que ocasionaban graves sufrimientos y daños innecesarios al enemigo (especialmente en los artículos del 22 al 28 del citado Reglamento de la cuarta Convención de La Haya de 1907). Pero esta débil protección, aunque importante, a pesar de ser parte del derecho internacional consuetudinario, estaba lejos de ser aplicada en los conflictos armados internos, toda vez que la soberanía del Estado estaba muy

³⁸⁷ Kalshoven, Frits, *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publisher, The Netherlands, 2007, p. 682.

³⁸⁸ Consultar Heffer, Jean y Launay, Michel, *La Guerra Fría, 1945-1972*, Ediciones Akal, Madrid, 1992, pp. 91-101.

arraigada y se ponía por el encima el principio de la no intromisión en los asuntos internos del Estado.

En la Segunda Posguerra, y con base en una reflexión sobre la falta de regulación de los conflictos armados internos a raíz del ejemplo que supuso la Guerra Civil Española (1936-1939), la comunidad internacional comprendió que las víctimas de los conflictos armados internos estaban desprotegidas, al menos en lo convencional. Por ello se incluyó el artículo 3 común en los Convenios de Ginebra de 1949. Pese a ello, inclusive hoy día, su cumplimiento ha sido muy moderado, por lo que continúan produciéndose innumerables pérdidas de vidas humanas, precisamente lo que el derecho internacional quiere evitar al inducir su cumplimiento, llevando a la justicia a los culpables de su inobservancia.

1. Protección de las personas civiles de acuerdo al artículo 3 común

La motivación principal que puso de manifiesto el interés de regular la protección de las personas civiles en general en los conflictos armados internos, fueron las consecuencias sufridas durante la Guerra Civil Española (1936-1939)³⁸⁹. El conflicto fue visto como un conflicto armado interno, pues todavía la subclasificación doctrinal de un conflicto armado interno internacionalizado carecía de un estudio a fondo, a pesar de la clara evidencia de la participación activa de fuerzas extranjeras, sobre todo de Alemania e Italia, en favor de Franco, que al poco tiempo le reconoció el estatus de beligerante, para denotar aún más la internacionalización del conflicto³⁹⁰.

Como trabajo preparatorio, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que trata sobre los principios básicos de derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales e internos, tiene como predecesor inmediato el Proyecto aprobado en 1947 en Estocolmo por la Conferencia de Expertos Gubernamentales de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja. El simposio fue organizado por el CICR, que favorecía no sólo la aplicación total de los Proyectos elaborados para ser aplicable en los conflictos armados internacionales, sino también el

³⁸⁹ Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict...*, loc. cit. supra en nota 72, pp. 79-80.

³⁹⁰ Lieblich, Eliav, *International Law and Civil Wars: Intervention and consent*. Routledge, Abingdon, Oxon, 2013, p. 96.

que hacía referencia a los conflictos armados internos. Pero en relación a esto último, se bloqueó cualquier avance, debido a las reticencias asumidas por los representantes diplomáticos de los Estados presentes en la Conferencia Diplomática, por lo que se tuvo que consensuar esa propuesta, reduciéndola y simplificándola al máximo³⁹¹.

En ese orden, el artículo 3 común aprobado e integrado a los Convenios de Ginebra de 1949, se considera como una Convención en miniatura, dado que su contenido es muy reducido, pero fue tan importante como para que se incluyera en los Convenios. A pesar de que no distingue entre personas civiles y combatientes, cuando señala “personas que no participen directamente en las hostilidades”, lleva implícita esta protección como principio fundamental e ineludible del derecho internacional humanitario, que tiene rango de derecho internacional consuetudinario. Ambas categorías son importantes, y en lo que respecta exclusivamente a la protección de las personas civiles y la población civil en la expresión “personas que no participen directamente en las hostilidades”, fue una muestra de que el creciente proceso de humanización del derecho internacional en los conflictos armados internacionales estaba despertando interés también en los conflictos armados internos.

Pero si acudimos al derecho internacional consuetudinario como fuente principal de la que deducimos la protección implícita de las personas civiles durante un conflicto armado interno, también hay que señalar las interpretaciones imprecisas de este derecho, pues se basa en un derecho abstracto no escrito; por lo que se necesitaba de instrumentos del derecho internacional positivo eficaces que regulen los comportamientos de los individuos en la guerra hacia. Por ello, la falta de señalamientos sobre protección de personas civiles y de la población civil de manera expresa se consideraba un error en los conflictos armados internos, en aplicación del artículo 3 común, sobre todo en lo relativo a la conducción de las hostilidades y los medios de combate. Asimismo, tal como especificó Sylvie Junod, fue un error ignorar cláusulas de aplicación a los médicos, emblema de la Cruz Roja, así como las garantías judiciales y

³⁹¹ Cantrell, Charles L., “Civilian Protection in Internal Armed Conflicts: The Second Diplomatic Conference”, en *Texas International Law Journal*, vol. 11, n. 2, 1976, pp. 305-328 (308-310).

condiciones de detención de las personas privadas de libertad, salvo el apartado d), que es muy genérico³⁹².

En cualquier caso, debido a su carácter consuetudinario, las normas sobre protección de las personas civiles y de la población civil se suponían oponibles a los Estados y a las fuerzas disidentes que combatían contra la autoridad gubernamental, aunque sin una distinción ordenada. Podemos traer a colación nuevamente la Guerra Civil Española (1936-1939), cuyo gobierno republicano, a pesar de rechazar el reconocimiento de la internacionalización del conflicto armado interno, entendió que debía aplicar algunas normas del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales, sobre todo la prohibición de ataques deliberados contra objetivos no militares; esto a pesar de las bajas de personas civiles en Barcelona, producto de estos ataques³⁹³.

El carácter fundamental de esta regla habría de ser expresado mucho tiempo después por la CIJ en 1986 en el renombrado caso *Nicaragua*. Para la CIJ, es la norma mínima de protección, independientemente de la caracterización del conflicto, que refleja como también tuvo la ocasión de señalar en su reconocida sentencia sobre el Estrecho de Corfú³⁹⁴, consideraciones elementales de humanidad, y hace referencia, como señala el propio artículo 3 común a la protección de las personas que no participen directamente en las hostilidades, así como miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas o detención³⁹⁵. Con argumentos uniformes el asunto también fue tratado en la señalada Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Empleo de las Armas Nucleares de 1996; aquí el máximo tribunal de justicia de la ONU, aparte de lo indicado arriba, dictaminó que un gran número de normas del derecho internacional humanitario

³⁹² Junod, Sylvie, “Additional Protocol II: History and Scope”, en *American University Law Review*, vol. 33, n. 1, pp. 29-40, (31).

³⁹³ Así lo expresó la Sala de Apelaciones del caso *Dusko Tadic* en alusión a la Guerra Civil Española, ver *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 100.

³⁹⁴ Corte Internacional de Justicia, Asunto sobre el Canal del Estrecho de Corfú, Judgment 19 April 1949, Merits, p. 22. La Corte entiende que la obligación que tiene Albania de informar a Reino Unido sobre el minado en aguas territoriales suyas no viene dado exclusivamente por el Octavo Convenio de la Haya de 1907 que se aplica en tiempo de guerra, sino también aún en tiempo de paz por consideraciones elementales de humanidad, en virtud del principio de libertad de comunicación marítima, así como la obligación de no realizar actos contrarios a los derechos de otro Estado.

³⁹⁵ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities..., *loc. cit. supra* nota 47, pars. 218-219, p. 114.

constituyen principios inviolables del derecho internacional consuetudinario, y que los Convenios de Ginebra debían ser ratificados sin demora por los Estados³⁹⁶.

Así, tan trascendental ha sido la norma que protege a las personas civiles en los conflictos armados internos, que cuando la Sala de Apelaciones en el caso *Dusko Tadic* tuvo que analizar su contenido, no dudó en destacar la jurisprudencia mencionada de la CIJ en los casos precedentes. La Sala fue aún más lejos poniendo énfasis en la posibilidad de un cambio en el derecho internacional consuetudinario respecto al régimen de las infracciones graves, que ahora suponen también algunas violaciones enumeradas en el artículo 3; en tal sentido la Sala citó entre otras cuestiones, el Código Militar Alemán que contiene infracciones graves del artículo 3 común, y la sentencia del 25 de noviembre de 1994, de la Tercera Sala de la División Este, del Tribunal Superior Danés, que encontró culpable a una persona y un grupo de militares croatas por crímenes cometidos en un campo de prisioneros de croatas en Dretelj (Bosnia-Herzegovina), el 5 de agosto de 1993, sin hacer referencia a la categoría del conflicto³⁹⁷.

Así pues, como hemos apuntado, en un conflicto armado interno, el artículo 3 común lleva implícita la protección de personas civiles o de cualquier persona que no participe directamente en las hostilidades, de cualquier ataque o sus efectos. De la misma manera, también los combatientes caídos en poder del enemigo, sean fuerzas del gobierno, insurgentes o disidentes revolucionarios, inclusive los heridos, enfermos y los que hayan depuesto las armas, tienen derecho a recibir un trato humano. De tal manera que cualquier violación a esta obligación puede implicar responsabilidad internacional penal, sobre todo las violaciones más graves, como homicidio, tortura, mutilaciones, atentado a la vida y la integridad corporal, entre otras.

Evidentemente, el cumplimiento de estas disposiciones recae principalmente en el Estado que es el que se obliga a sí mismo al adherirse a los Convenios de Ginebra, además de que está obligado por el carácter consuetudinario de las normas contenidas del artículo 3 común que deben respetarse hayan o no suscrito los Estados las

³⁹⁶ CIJ, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons..., *loc. cit. supra* en nota 43, p. 257, par. 79.

³⁹⁷ Sala de Apelaciones del caso *Dusko Tadic* en referencia a casos en los cuales se señalan infracciones graves del artículo 3 común, ver *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 83.

Convenciones. Por otro lado, está claro que esa obligación también es oponible a los grupos disidentes e insurgentes que luchan contra el Estado o contra otros grupos de similares estructuras.

Lo anterior parte de que, cuando un Estado se adhiere a un tratado, lo hace en nombre de sus ciudadanos, quedando estos últimos también obligados a cumplir sus normas³⁹⁸. Sin embargo, el cumplimiento de esa obligación se considera muy desigual, pues deja a los rebeldes insurgentes con una protección muy baja. En cualquier caso, la comunidad internacional quedó interpelada a aceptar las disposiciones de los Convenios tal como se fijó en el precepto, ya que de haberse impulsado la propuesta de otorgar a los disidentes los derechos de un combatiente de las guerras clásicas entre Estados, el artículo difícilmente se hubiera aprobado. Situación que fue reforzada al lograrse el cometido de omitir el estatuto jurídico de las partes con la finalidad de aplicar la norma pura y simplemente.

2. Protección de las personas civiles en el Protocolo Adicional II

La protección de personas civiles en los conflictos armados estuvo motivada y desarrollada dentro del campo de los conflictos armados internacionales con su respectivo cuarto Convenio de Ginebra de 1949, bajo el tema de la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. En lo que concierne a los conflictos armados internos su regulación internacional fue muy tímida al tiempo de adoptar el referido Convenio de 1949 y el artículo 3 común apuntado.

La situación señalada es especial e importante, pues las normas sobre protección de las personas civiles en los conflictos armados internacionales son el producto de las consecuencias sufridas durante y después de la Segunda Posguerra, fundamentalmente de los hechos más horribles ocasionados por el Eje (Alemania, Italia y Japón), sobre todo en los territorios ocupados por la Alemania Nazi; así como el temor latente del surgimiento de otra tercera guerra mundial que encontrara desprevenidos y sin protección eficaz a las personas civiles.

³⁹⁸ Lysaght, Charles, "The Scope of Protocol II and its Relation to Common article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and Other Human Rights Instruments", en *American University Law Review*, vol. 33, n. 1, pp. 9-27 (12).

Con arreglo a esta preocupación, la comunidad internacional puso interés en regular la conducta de los combatientes hacia las personas civiles y la población civil. Se propugnaba entonces el desarrollo y codificación de normas que prohibiera ciertos comportamientos o conductas reprochables³⁹⁹.

Para entonces, el cuarto Convenio de Ginebra constituyó el logro más trascendental del derecho internacional humanitario después de las normas que regulan los usos y costumbres de la guerra. A pesar de su título engañoso como apunta Jean Pictet, porque no ofrece una protección integral a las personas civiles, sin embargo, llegó a ser la máxima expresión de sentido de humanidad contra la arbitrariedad del enemigo y el uso de ciertas armas que causan graves sufrimientos a la población civil. Hasta ese momento fue el marco regulador de protección de los más vulnerables, es decir, los heridos, las personas mayores, los niños y las mujeres⁴⁰⁰. Finalmente sería adoptado el Protocolo Adicional I de 1977 en Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales como su complemento.

Ahora bien, en cuanto al origen de la protección de personas civiles en el Protocolo Adicional II de 1977, aplicado a los conflictos armados internos, encontramos que tiene su fundamento en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, que la regula en lo más mínimo. La carrera armamentística de las Grandes Potencias trajo como consecuencia un uso masivo de tecnología militar avanzada, como el napalm, un líquido altamente inflamable que causa lesiones y quemaduras en la piel, y el defoliante que daña plantas y cultivos, usado particularmente por Estados Unidos en la Guerra de Vietnam (1956-1976). El traspaso de esta tecnología y su uso por naciones menos desarrolladas en sus conflictos armados internos, especialmente en Nigeria (1967-1970) y en Pakistán con Bengala (1971), degeneró en pérdidas masivas de vidas humanas, y puso en evidencia la falta de regulación detallada sobre la protección de personas civiles en los conflictos armados internos.

³⁹⁹ Vid. Nabulsi, Karma, “Evolving Conceptions of Civilians and Belligerents...”, *loc. cit supra* en nota 380, p. 11; Boczek, Boleslaw Adam, *International Law: a dictionary*, Scarecrow Press, INC, The United States of America, 2005, p. 427.

⁴⁰⁰ Pictet, Jean, *Le Droit Humanitaire et la Protection des Victimes de la Guerre*, A. W. Sijthoff – Leiden, Institut Henr-Dunat – Genève, 1973, p. 125.

El origen del Protocolo adicional II fue un paquete de normas preparadas y desarrolladas por el CICR a partir de la distinción de los conflictos armados en internos e internacionales, presentado por primera vez en la XXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en Estambul en 1969. El proyecto luego fue revisado por la Conferencia de Expertos Gubernamentales entre 1971 y 1972 en Ginebra y luego entre 1974 y 1977 en la misma ciudad. El resultado es que el Protocolo Adicional II es una Convención menos amplia que el Protocolo Adicional I aplicado a los conflictos armados internacionales, pero complementa y desarrolla el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 respecto a la protección de las personas civiles⁴⁰¹.

El contenido del Protocolo aprobado no fue menos de lo que se esperaba, a pesar de que el Proyecto presentado por el CICR era mucho más amplio y detallado incluyendo entre otros aspectos los métodos de combate. Como se ha observado, la mayoría de los Estados en ese momento todavía veían cualquier adhesión a un instrumento internacional en lo atinente a reglamentar sus conflictos internos como un derecho suyo propio regulado por el derecho interno. Pero es importante señalar que hubo Estados como Noruega que, a sabiendas de que el eje central de las discusiones giraba en torno a una ampliación de los Convenios de Ginebra de 1949 en relación a la protección de las víctimas de la guerra, propugnó y defendió porque se adoptara un solo Protocolo para ser aplicado en las dos categorías de conflictos armados, internos e internacionales, pero su propuesta fue descartada al adoptarse dos Protocolos por separado⁴⁰².

Sin embargo, de acuerdo todo el contenido que ofrece el Protocolo Adicional II podemos destacar un enfoque amplio sobre la protección de personas civiles y la población civil al desarrollar el destacado artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Pero la protección que señala el artículo 4 se vislumbra muy sesgada porque parece incluir en el mismo renglón a los rebeldes capturados por el enemigo y a las personas civiles cuando señala que ofrece la misma protección a las personas que han dejado de participar en las hostilidades, estén o no privadas de libertad, y a las que no han participado activamente en las hostilidades, es decir, las personas civiles; de lo que

⁴⁰¹ Sobre la historia y adopción del Protocolo Adicional II véase Junod, Sylvie, “Additional Protocol II : History and Scope”, *loc. cit. supra* en nota 392, pp. 29-40.

⁴⁰² Lysaght, Charles, “The Scope of Protocol II and its Relation...”, *loc. cit. supra* en nota 398, p. 32.

se deduce que el precepto carece de una distinción clara entre las personas civiles y los que sí participan directamente en las hostilidades, o sea, los rebeldes.

Por consiguiente, se deduce la interpretación como si ofreciera la misma protección tanto a las personas civiles como a los rebeldes; lo que de ninguna manera parece justo es que una persona que haya participado en las hostilidades vaya a tener el mismo trato que una persona civil cuando es capturada; aunque evidentemente en la práctica se dé lo contrario, puesto que es seguro que el rebelde será juzgado por violación del derecho interno.

Más adelante, el artículo 5 menciona a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, despejando las dudas identificadas en el artículo 4; por lo que parece clara ya la distinción entre las personas que no participen directamente en las hostilidades, es decir las personas civiles, y las que sí han participado directamente en ellas, no descartando a otras personas que sin coger las armas han desempeñado un papel preponderante en el conflicto, como pueden ser políticos opositores, periodistas, incitadores a la guerra y otros.

Retomando nuevamente la protección de personas civiles en los conflictos armados internos deducida del artículo 4 del Protocolo Adicional II, éstas tienen el derecho a que se respete su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas, quedando prohibidos, entre otros comportamientos, los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas y sobre todo el homicidio; y por lo demás se establece protección a los enfermos y heridos durante la contienda (artículo 7).

Aparece también de forma expresa y detallada en sus artículos 13 al 17 la norma internacional consuetudinaria que prohíbe los ataques a la población civil y los efectos de estos ataques, así como la preservación de los bienes esenciales para su supervivencia, prohibido entre otras cuestiones, atacar, destruir, sustraer o inutilizar alimentos y las zonas agrícolas que los producen, destruir obras que contengan fuerzas peligrosas, como presas, diques o centrales nucleares de energía eléctrica; todo ello aunque fuesen considerados objetivos militares. Por otro lado, se incluyen la protección de los bienes culturales y la prohibición de los desplazamientos forzados, a menos que sean estrictamente necesarios para la supervivencia.

No obstante este desarrollo codificado que ha ido teniendo el derecho internacional humanitario en relación a los conflictos armados internos, sobre todo en lo referente a la protección de las personas civiles y de la población civil, así como su protección contra los efectos de las operaciones militares, todavía el Protocolo Adicional II, aún siendo el complemento y el desarrollo detallado del artículo 3 común, ha seguido la misma línea abstracta y sin definición de conceptos básicos de su predecesor. Es decir, siguen existiendo un conjunto de reglas y principios fundamentales de derecho internacional humanitario que faltan por analizar, principalmente sobre el significado de sus conceptos, que deja todo a la imprecisión del llamado “trato humano”, además de otras cuestiones conexas a ese trato, como los derechos sociales y la atención primaria humanitaria a los heridos, enfermos y náufragos.

En cuanto a la asistencia humanitaria recogida en los artículos 7 y 18 del Protocolo, es indispensable señalar que en estos tiempos de posguerra fría, y ante las experiencias recogidas en numerosos conflictos regionales de la segunda mitad del siglo XX, la asistencia humanitaria a las personas civiles y a la población civil se encuentra en pleno proceso para ser reconocida como un derecho humano, es decir, se le está dando el carácter de *ius in statu nascendi* o derecho de carácter embrionario. Ello debido a que mientras en épocas pasadas el sufrimiento de las víctimas no despertaba tanto interés como para ser atendidas en sus necesidades de socorro, ahora la asistencia humanitaria está siendo considerada como un derecho legítimo y una responsabilidad primordial para toda la comunidad internacional⁴⁰³.

Esta exigencia imperiosa de brindar ayuda a las personas civiles y a la población civil en un conflicto armado sea de carácter interno o internacional, se enmarca como señala Tomasevski, en los propios Protocolos Adicionales, los cuales conllevan una positivización de la asistencia humanitaria a la población civil⁴⁰⁴. Inclusive, la CIJ ha dicho que la asistencia estrictamente humanitaria a personas o fuerzas en un Estado sin importar su condición política u objetivos no puede considerarse como una intervención

⁴⁰³ Con carácter general véase Rodríguez Villasante, José Luis, “La Protección Civil en los Conflictos Armados”, en *Dereito*, vol. 6, n. 1, 1997, pp. 151-178.

⁴⁰⁴ Tomasevski, Katarina, “Human Rights and Wars of Starvation” en *War and Hunger Rethinking International Approaches to Complex Emergencies*, Macrae, J. y Zwi, A, (eds.), Zed Books, London and New Jersey, 1994, pp. 71-91.

ilícita ni contraria al derecho internacional, resalta además lo señalado en el primer y segundo de los principios fundamentales de la Cruz Roja declarados en la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, los cuales expresaban entre otras cuestiones, que es una preocupación prestar ayuda sin discriminación a todos los heridos en los campos de batalla de un conflicto armado interno o internacional con el propósito prestarle auxilio, proteger la vida, la salud y el respeto a la persona humana, sin distinción de nacionalidad, condición social, credo político, etc.⁴⁰⁵.

Así, bajo estas consideraciones, se puede señalar que la protección de personas civiles en sentido amplio, en los Protocolos Adicionales I y II, desde su adopción a fines de los años setenta hasta el presente, son vistos como un avance extraordinario que ha contribuido al desarrollo del proceso de humanización de la sociedad internacional, ello a pesar de la percepción de grandes obstáculos que han empañado y mermado su significancia como lo fueron la Guerra Fría, las crisis humanitaria en los Balcanes y la Región de los Grandes Lagos. En definitiva, el proceso de humanización dentro del derecho de la guerra ha ido cambiando y adquiriendo un enfoque más humano, tal como señala Theodor Meron⁴⁰⁶.

La principal preocupación es cómo lograr hacer eficiente la protección de las personas civiles y la asistencia humanitaria al mismo tiempo cuando la conceptualización de los conflictos armados internos carece de una definición clara y detallada. Creemos que el propio avance del derecho positivo tiene que seguir precisamente inclinado a este análisis, sobre todo ahora que, como hemos indicado, las cuestiones humanitarias en los conflictos armados atraviesan por un proceso de obligatoriedad que antes no existía del todo.

Es así dado el poco compromiso asumido por las partes contratantes de perseguir y sancionar a las personas que violan las normas de referencia relacionadas con el conflicto armado, como señala el Protocolo Adicional II de 1977. Además, hace falta asumir también la obligación de prevenir, es decir, de adoptar políticas de prevención y promoción de cumplimiento de las obligaciones contraídas, muchas veces olvidadas al

⁴⁰⁵ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities..., *loc. cit. supra* nota 47, pp. 114-115, par. 242, pp. 114-115 o bien pp. 124-125.

⁴⁰⁶ Meron, Theodor, "The Humanization of Humanitarian Law", en *AJIL*, vol. 94, n. 2, 2000, pp. 239-278 (239).

inicio de un conflicto cualquiera. Asimismo, como forma de proteger también a la población civil de actos judiciales arbitrarios después de finalizar un conflicto armado interno, los Estados donde se ha desarrollado dicho conflicto deben procurar que se les aplique a las personas que han quedado detenidas un proceso justo con todas las garantías procesales, de acuerdo a las leyes penales internas y las normas internacionales establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, es preciso subrayar que, aparte de la evolución y desarrollo normativo que ha tenido el derecho internacional humanitario aplicado en los conflictos armados internos con la adopción del Protocolo Adicional II, otra cuestión ha surgido que hoy día merece especial atención: el umbral de aplicación en los conflictos armados internos. En ese sentido, tal como hemos apuntado en esta investigación, el Protocolo excluye expresamente su aplicación a los disturbios interiores, motines, actos esporádicos de violencia y otros análogos, que no alcanzan el umbral de un conflicto armado interno, como pueden ser las rebeliones armadas, revueltas y las protestas callejeras con un uso masivo de la violencia pero de corta duración. Pero ello no debe interpretarse deliberadamente; la comunidad internacional debe estar atenta para que no se utilice esta prerrogativa como una forma de escabullirse de aplicar el derecho Protocolo en situaciones que sobrepasan el umbral del artículo 3 común.

La adopción negativa de esta propuesta fue presentada por un número de Estados menos desarrollados, azotados por constantes luchas internas, reacios a adoptar el Protocolo en caso de no haberse incluido esta prerrogativa⁴⁰⁷. De la misma forma, la inclusión de la cláusula de reciprocidad para que ambas Partes apliquen el Protocolo limita la obligación de los grupos armados a respetar sus disposiciones e incluso al Estado mismo. Ello se manifiesta en el sentido de que los grupos armados organizados deben estar en disposición de aplicar el Protocolo para que estos sean reconocidos como grupos armados Partes en un conflicto, como lo señala el artículo 1, regla que inclusive es contraria al artículo 3 común que obliga a las partes a respetar la norma independientemente de si el otro se compromete o no, lo que significa que si un grupo armado organizado niega la disposición de aplicar el protocolo, entonces no existe el conflicto armado, lo que sería irracional.

⁴⁰⁷ Boczek, Boleslaw Adam, *International Law: a dictionary*, Scarecrow Press, INC, The United States of America, 2005, p. 459.

En esa misma línea, en las últimas décadas, la cuestión sobre la responsabilidad de los Estados en la aplicabilidad del Protocolo ha ocupado cierta atención del CICR y de los tratadistas del derecho internacional humanitario, debido a que los Estados son reacios a aceptar cuando una situación determinada constituye un conflicto armado interno, y por consiguiente tener alguna responsabilidad, y únicamente cuando son superados por la violencia en su territorio, o bien cuando la comunidad internacional pone su atención, realizan declaraciones sobre la disponibilidad de aplicar algunas de sus normas. Esta es una cuestión que se presenta tanto en los países en desarrollo como de los países originariamente comprometidos con la aplicación del derecho internacional humanitario, por ejemplo, Rusia y el caso checheno y Turquía con los kurdos⁴⁰⁸.

En la práctica, este ha sido el método más usado para limitar la protección las personas civiles en los conflictos armados internos. Sin embargo, aun en estos casos, en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II se contienen normas básicas que deben respetarse sea en tiempo de paz o de guerra por pertenecer al *ius cogens* internacional, como son esencialmente la prohibición de la tortura, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Sin perjuicio de la aplicación de las normas fundamentales de los derechos humanos.

Sección Segunda. Caracterización de la protección de las personas civiles de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II

I. Protección general de las personas que no participen directamente en las hostilidades y las del personal humanitario

Las personas protegidas en los conflictos armados internos son las que señalan el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II. El primero destaca la protección de las personas que no participen directamente en las hostilidades, es decir, las personas civiles, también los heridos y enfermos puestos fuera de combate por haber participado, y las personas que hayan depuesto las armas y los detenidos, así como otras directamente involucradas con las tareas de servicio y socorro,

⁴⁰⁸ Abresch, William, “A Human Rights Law of Armed Conflict...”, *loc. cit. supra* en nota 31, pp. 754-756. Sobre el conflicto armado de Turquía con los kurdos véase Breau, Susan y Yildiz, Kerim, *The Kurdish Conflict: International Humanitarian Law and Post-Conflict Mechanisms*, Routledge, USA, 2010.

como médicos, religiosos, sanitarios, personal de la Cruz Roja y otros de protección civil.

Por otro lado, tal como hemos señalado otrora, el derecho internacional consuetudinario distingue también como persona civil a todas las personas no combatientes, detenidas o privadas de su libertad involucradas directamente con el conflicto pero sin hacer uso de las armas, como los opositores al régimen, periodistas partidarios o neutrales, intelectuales e incitadores a la guerra interna. Éste último grupo se diferencia de manera significativa de las personas civiles, porque a pesar de la no discriminación del trato humano que prevé el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, en la práctica estas personas lamentablemente no reciben el mismo trato que una persona civil particular, e incluso son susceptibles de ser sometidas a las leyes penales.

Como se puede observar, el artículo 3 común no contiene una lista exhaustiva de las personas a proteger como las que contemplan los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I que regulan los conflictos armados internacionales e incluyen claramente a las personas civiles, la población civil y otras personas involucradas con las labores humanitarias, pero a falta de mención expresa en el artículo 3 común otras personas son protegidas por el derecho internacional consuetudinario.

Por su parte, el Protocolo Adicional II de 1977, que sí enuncia literalmente personas civiles y población civil, así como las demás personas señaladas anteriormente en el artículo 3 común y otras cuya protección es reconocida por el derecho internacional consuetudinario señaladas otrora, amplía su protección especial con atención ahora a los niños menores de 15 años, inclusive a los mayores de esa edad que han dejado de participar en las hostilidades.

II. Protección de los rebeldes o miembros de grupos armados organizados: origen y alcance de su protección y la posible equiparación a los prisioneros de guerra

Según la norma prevaleciente en el derecho internacional humanitario actual, las fuerzas armadas de un Estado que luchan contra las de otro Estado, y los grupos armados organizados que combaten contra las fuerzas armadas de su propio Estado o contra otros grupos armados, se diferencian de acuerdo al estatus jurídico generalmente aceptado.

Los primeros son considerados combatientes privilegiados, por lo que tienen derecho al trato de prisioneros de guerra, en cambio, los segundos son conocidos como rebeldes, con derecho a recibir trato humano durante el conflicto.

Sin embargo, para los fines pertinentes, sólo nos referiremos a los miembros de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados contra quienes combate el Estado, es decir, los denominados comúnmente rebeldes. Nuestro interés se manifiesta en el sentido de que éstos, incluyendo las personas que hayan caído, depuesto las armas o que han sido detenidas teniendo alguna vinculación con el conflicto armado interno, son el segundo grupo de personas protegidas tanto por el artículo 3 común⁴⁰⁹ como por el Protocolo Adicional II⁴¹⁰.

Como es sabido, los rebeldes son excluidos del tratamiento de prisioneros de guerra, porque el conflicto en esta ocasión se desarrolla al interior de un Estado, y porque por insumisión son fuerzas armadas disidentes o bien grupos armados organizados que se han formado como una fuerza adversaria a los intereses del poder estatal. En concreto, son individuos pertenecientes a uno o más grupos armados que se han levantado en armas y combaten contra su propio Estado por una causa común.

Por tanto, aunque los rebeldes no tienen el derecho a recibir el trato de prisioneros de guerra, en un conflicto armado interno tanto el artículo 3 común como por el Protocolo Adicional II señalan que éstos, una vez privados de libertad porque hayan sido detenidos o dejado de participar en las hostilidades al deponer las armas, deben recibir un trato humano además de otras garantías establecidas en el artículo 5 del Protocolo.

Por consiguiente, cuando la norma señalada expresa que las autoridades deben conferir trato humano a los “rebeldes” especialmente al ser detenidos o privados de libertad, significa que pese a ser soldados adversarios del Estado nacional ellos pasan a ser

⁴⁰⁹ Al pasar a ser personas protegidas se prohíbe: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

⁴¹⁰ Además de las prohibiciones que de forma similar se señalan en el artículo 3 común, del mismo modo, al pasar a ser personas protegidas se debe, entre otras cuestiones, proveerle de alimento y agua; serán tratados con higiene y protección contra el clima y los peligros del conflicto; recibir socorro, auxilio y otras garantías del debido proceso en caso de ser acusados ante los tribunales del Estado.

personas protegidas, es decir, no se les puede dar muerte por el simple hecho de haberse levantado en armas, ni ser sometido a tortura ni a ningún otro trato cruel, inhumano o degradante, en fin, pasan a ser personas civiles detenidas que pueden ser procesadas por violación del derecho interno y en casos excepcionales por violación de normas internacionales. Ahora bien, ¿es su correspondiente protección derivada de un posible acercamiento al estatuto de prisioneros de guerra o de su equiparación a personas civiles?

En primer lugar, es cuestionable que la protección dada a los rebeldes provenga del estatuto de personas civiles, pues más bien el tratamiento humano que reciben podría venir de su condición de haber sido militantes de las fuerzas armadas del Estado, o bien de que ahora forman parte de un grupo armado con disciplina militar, acercándolos a la condición de prisioneros de guerra.

Es decir, el trato humano está íntimamente relacionado al de los prisioneros de guerra en los conflictos armados internacionales⁴¹¹, pues objetivamente hablando no son personas civiles neutrales, sino rebeldes, como son llamados por la mayoría de la doctrina⁴¹². De aquí los intentos de otorgarles a estos la categoría de prisioneros de guerra.

Por otro lado, para destacar la analogía del trato humano que deben recibir los rebeldes con la del trato debido a los prisioneros de guerra, encontramos que hay mucha similitud en las disposiciones del tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra con las exigencias que establece el artículo 3 común a los Convenios y el Protocolo Adicional II respecto de los rebeldes. Es decir, el trato humano es el común denominador que los protege a ambos, como elemento indispensable⁴¹³. Es así, porque el carácter de persona protegida de los rebeldes caídos o detenidos por el enemigo, y la condición de prisionero de guerra de los combatientes

⁴¹¹ Jinks, Derek, "The Declining Significance of POW Status", *loc. cit. supra* en nota 282, p. 30.

⁴¹² Mallison, Thomas V. and Mallison, Sally V., "The Juridical Status of Privileged Combatants Under the Geneva Protocol of 1977 Concerning International Conflicts", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 42, n. 2, 1978, pp. 4-35; Abi-Saab, Georges, "Conflicts of a non International Character", en *International Dimensions of Humanitarian Law*, Institute Henry-Dunant, Unesco, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1988, pp. 217-239 (223); Ipsen, Knut "Combatants and non Combatants", en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (edit.), Oxford University Press, 1995, pp. 65-81 (68).

⁴¹³ Jinks, Derek, "The Declining Significance of POW Status", *loc. cit. supra* en nota 282, pp. 29-30.

privilegiados, son conceptos consustanciales por su origen, aunque con diferentes connotaciones semánticas según el interés jurídico internacional dado por el derecho internacional humanitario y la doctrina.

Por ello la línea divisoria que separa a los mismos se está haciendo cada vez más inverosímil, sobre todo cuando el derecho de los rebeldes en poder del enemigo fue tomando fuerza con la adopción del Protocolo Adicional II de 1977. Aquí, el artículo 4 expresa los derechos de las personas detenidas o privadas de su libertad por el enemigo; también por razones directamente relacionadas con el conflicto deben recibir suministro de agua y alimento; preocuparse por su higiene y protección contra los embates del conflicto y el clima; además, podrán tener derecho a trabajar, y las mujeres ser custodiadas por personal femenino. A ello se suma la disposición del artículo 6.5 sobre la concesión de amnistías en su sentido más extenso al final de las hostilidades. De esta manera, los indicios de que los rebeldes caídos o detenidos por el enemigo se acercan cada vez más a la categoría de prisioneros de guerra está más que comprobado, alejándose por tanto de personas civiles que de ninguna forma se tienen por qué amnistiar.

Este tratamiento refleja que los rebeldes en un conflicto armado interno poseen un grado de estatus jurídico moderado, porque, en definitiva, un conflicto armado interno surge porque un Estado pierde el control sobre un grupo armado organizado dentro de su propio territorio, lo que significa que carece de fuerzas sólidas y el poder se está fraccionando, no siendo ya el Estado la única autoridad. En todo caso, se evitó otorgar un estatus jurídico mayor porque precisamente ignorar esta prerrogativa fue lo que permitió lograr un mayor consenso tendiente a la aprobación del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II, ante la reticencia de los Estados a proporcionar derechos a los propios ciudadanos que se rebelaran contra él, situación que de alguna forma también condujo a un reconocimiento parcial de su condición jurídica, tal como argumenta Abi Saab, en cuanto a su aplicabilidad⁴¹⁴.

Por otro lado, es la misma disposición del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II que propugna por otorgarles estatus jurídico moderado a los rebeldes cuando establece que

⁴¹⁴ Abi-Saab, Georges, “Conflicts of a non-International Character”, *loc. cit. supra* en nota 412, p. 223.

las Partes procurarán conceder la más amplia amnistía posible a las personas privadas de libertad relacionadas con el conflicto. Sumado esto a la disposición del artículo 3 común que posibilita la concertación de acuerdos especiales para aplicar la totalidad o parte de los Convenios de Ginebra. Es evidente que la concesión de amnistías depende del grado de poder que ostente el grupo armado dentro del Estado y su reconocimiento internacional, como se entendió ocurría con las luchas de liberación nacional, reconocidas hoy como conflictos armados internacionales.

Naturalmente, estos movimientos emancipadores abrieron un espacio de análisis muy importante en el sentido de poder equiparar los rebeldes con los prisioneros de guerra, concretamente cuando se decidió incorporar las guerras de liberación nacional de pueblos que luchan contra la dominación colonial o contra regímenes racistas dentro de los llamados conflictos armados internacionales. Hecho que ha permitido que los rebeldes de estos conflictos armados hasta ese entonces caídos en poder del enemigo ahora sean considerados como prisioneros de guerra⁴¹⁵, por lo que ya no caben dentro de las personas civiles protegidas – en este caso por dejar de participar en las hostilidades - porque su estatus jurídico ha cambiado..

No obstante, dado el actual desarrollo del derecho internacional humanitario, queda pendiente que los rebeldes (disidentes o insurgentes) caídos o detenidos por el enemigo puedan alcanzar el estatus de prisioneros de guerra. En cualquier caso, los derechos enunciados constituyen garantías que se traducen en derechos elementales de los individuos que luchan contra el poder político y económico de regímenes opresores que lesionan constantemente los derechos humanos y hunden en la miseria a la población menos favorecida bajo las desigualdades sociales impuestas por la corrupción y la

⁴¹⁵ Desde la Conferencia de Bruselas de 1874, donde se trataron los temas concernientes al derecho de los combatientes caídos en poder del enemigo, los Estados fueron enérgicos al conceder derechos únicamente a los miembros de las fuerzas armadas regulares, organizadas y disciplinadas de los Estados. Pero, en el Reglamento anexo a la cuarta Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, hubo un cambio significativo que abrió la puerta a otorgarles derechos a otras fuerzas armadas organizadas independientes de las fuerzas del Estado, que incluían a los civiles que se levantaban en armas en un territorio ocupado por fuerzas extranjeras. Los requisitos eran: ser mandados por una persona responsable; tener un emblema o distintivo reconocible a distancia; llevar las armas abiertamente, y conducir sus operaciones según las leyes de la guerra. Esto dio paso a que hoy los miembros de las milicias que reúnan esas características sea reconocidos como combatientes privilegiados, pero hasta el día de hoy esta prerrogativa sólo se aplica en los conflictos armados internacionales, como hemos apuntado. Ver la disposición pertinente incluida en la tercera Convención, artículo 4. A (2), como miembros de otras milicias, otros de cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizado (...). Vid. Gardam Gail, Judith, *Non Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1993, p. 101.

criminalidad del poder, entre otros factores.

Por otra parte, hay Estados que se han visto envueltos en una guerra civil y han otorgado el estatuto de prisioneros de guerra a los rebeldes capturados después de haber participado activamente en las hostilidades, como lo hizo Estados Unidos durante la Guerra de Secesión Norteamericana (1861-1865) sin realizar acuerdo previo⁴¹⁶, aunque ello tuvo que ver en gran medida con el reconocimiento de beligerancia del gobierno a los Estados secesionistas. De una manera similar pero con menos extensión actuó el gobierno nigeriano durante la Guerra de Secesión de Biafra, que al promulgar el Código de Conducta en 1967 estableció otorgar solamente a los soldados que se entregasen el estatuto de prisionero de guerra⁴¹⁷.

Ahora bien, respecto al trato humano devenido de la condición de persona civil a los rebeldes, cabe destacar que, en sentido contrario a lo afirmado, la denominación de personas civiles para estas personas ha sido ampliada a lo largo del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho de la guerra en sentido general, hasta el punto de tratar de incluir a los rebeldes detenidos o que simplemente han depuesto las armas, dentro de la categoría de población civil en los conflictos armados internos⁴¹⁸.

Naturalmente, tanto el artículo 3 común como el Protocolo Adicional II tratan como un todo, sin hacer distinción objetiva, a las personas que no participan directamente en las hostilidades con las que, habiendo participado, han sido detenidas o han depuesto las armas⁴¹⁹. Se ofrece la misma protección para todos, sin hacer diferencia respecto a la calidad de las Partes, por lo que, pese a ser omitido, se entiende que los rebeldes y las

⁴¹⁶ Según señala el Código Lieber promulgado en plena guerra, véase los artículos 152-154.

⁴¹⁷ Goldman, Robert K. and Tittmore, Brian D., "Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law", en *American Society of International Law*, Task Force Papers, Washington, DC., 2002, pp. 1-58 (6).

⁴¹⁸ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 582; Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 58, p. 137.

⁴¹⁹ El derecho internacional humanitario prevé dos categorías de personas protegidas: los prisioneros de guerra y los civiles. En cuanto a los civiles, existen subcategorías que objetivamente los diferencian los unos de los otros, como los que no participan activamente en las hostilidades, el personal religioso, de la Cruz Roja, médicos y otros. Pero resulta incongruente señalar como civiles a los rebeldes, de ahí el predominio de ese estatuto no previsto en los Convenios de Ginebra, pero en la práctica existe una diferencia sustancial que no puede ser ignorada. Es por ello que generalmente la distinción como persona civil de un rebelde no es frecuentemente usada por la doctrina.

personas civiles tienen el mismo estatus jurídico⁴²⁰.

Ello contrasta con lo enunciado precedentemente, es decir, son individuos que han tomado las armas, por lo que no deberían ser equiparados a las personas civiles que se mantienen neutrales, al margen del conflicto, sin posibilidad objetiva de ser perseguido por los tribunales nacionales. Resulta inadmisibile que los soldados formados por los cuerpos castrenses del Estado, ahora disidentes, o por los propios grupos armados organizados, sean considerados personas civiles cuando han sido detenidos o han abandonado las armas.

No obstante, creemos que concederles la condición de personas civiles o incluir a las fuerzas armadas disidentes (rebeldes) dentro de la población civil cuando son detenidos, es la forma más atenuada de lograr brindarles protección a estas personas de los abusos cometidos por los Estados al momento de catalogarlas como delincuentes comunes o terroristas, sobre todo cuando se tiene el conocimiento de que luchan por la democratización de los pueblos sometidos a regímenes dictatoriales. Es decir, es la brecha más significativa de lograr paliar la diferencia entre los combatientes privilegiados o prisioneros de guerra y los que no lo son⁴²¹.

III. La protección de las personas civiles en un conflicto armado interno multi-étnico: las personas protegidas en los territorios ocupados

La protección de la población civil en territorios ocupados por una Potencia detenedora, ha sido una constante en los conflictos armados internacionales, porque se considera la población civil del enemigo protegida por el artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949. En concreto, dicho artículo establece que son personas protegidas las que se encuentren en caso de conflicto armado o de ocupación en poder de una Parte en conflicto de la cual no sean súbditos; es decir, que sean de otra nacionalidad.

En el caso *Dusko Tadic*, la Sala de Apelaciones del TPIY ha desarrollado el significado de esta protección explicando que la disposición del citado artículo no solamente se limita a considerar únicamente como personas protegidas en un conflicto armado o de ocupación de un territorio a las personas civiles de una nacionalidad distinta a la de la

⁴²⁰ Marco, Sassòli, "The Status of Persons Held...", *loc. cit. supra* en nota 258, p. 105.

⁴²¹ Watkin, Kennet W. Colonel, "Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflict in the 21st Century", en *Israel Defense Forces Law Review (IDF L.R.)*, vol. 1, 2003, pp. 69-95 (72-73).

Potencia detenedora, según el Tribunal, de acuerdo a su objeto y fin, esta protección se extiende también a todas las personas de un Estado neutral que se encuentran en territorio beligerante u ocupado aunque dicho Estado neutral no tenga representación diplomática en ese territorio, sea porque perdieron la protección diplomática o ya no disfrutaban de ella; declara el Tribunal también que son personas protegidas los refugiados (aunque tengan la nacionalidad de la potencia ocupante o detenedora, bien porque ya no le deben lealtad o porque dejaron de disfrutar de su protección) y los apátridas⁴²².

Del mismo modo, la Sala de Apelaciones, consciente de que la mayoría de los conflictos contemporáneos poseen implicaciones étnicas, entiende que éstos factores son también determinantes para considerar como protegidas a personas civiles en poder de una de las Partes, en la medida en que la lealtad a una etnia determinada puede tener un significado más importante que la nacionalidad. Sin embargo, antes de llegar a esta conclusión dictaminó que sólo si el conflicto en la antigua Yugoslavia era de carácter internacional entre las fuerzas armadas de Bosnia-Herzegovia y el VRS (entiéndase como se dijo Ejército de la República Srpska, que controlaba esa parte del territorio perteneciente a Bosnia-Herzegovia), podrían ser consideradas entonces como protegidas las personas víctimas de los delitos por los que se acusaba a *Dusko Tadic*⁴²³. Es así porque en los conflictos armados internos las personas civiles y la población civil pertenecen al mismo Estado en conflicto.

El dictamen en sí mismo parece ser discutible, pero más bien se trata de una extensión del carácter de persona protegida indistintamente de su nacionalidad. La Sala destaca, en primer lugar, que la determinación del concepto de personas protegidas sólo se vislumbra en los conflictos armados internacionales, y, en segundo lugar, llega a la conclusión de que además en los conflictos armados internos con rasgos étnicos, religiosos y culturales distintos como el de la antigua Yugoslavia, puede haber también motivos para considerar personas protegidas de acuerdo a esas especificidades a las personas civiles en manos de una de las Partes en conflicto, relegando el requisito de la nacionalidad a un segundo plano y apartando con ello la dependencia del concepto de persona protegida de la naturaleza del conflicto, como en principio apuntó.

⁴²² *Prosecutor v. DuskoTadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, p. 72 y ss., pars. 164-166.

⁴²³ *Prosecutor v. DuskoTadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, pp. 33, 74, pars. 82 y 168-169.

Entonces, conflictos armados como el de Ruanda, definido como una lucha entre etnias distintas por el control del poder político y el odio racial recíproco, ¿se consideraban protegidas las personas civiles en manos de una de las Partes en conflicto?⁴²⁴ En esencia se puede determinar que la Sala de Apelaciones no erró al hacer su análisis interpretativo del artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949, sino que, tal como expresó, por la caracterización de un conflicto armado internacional por realizarse entre dos o más Estados, las personas civiles en poder del enemigo, por obviedad, caen automáticamente bajo este apartado de personas protegidas, sin perjuicio de otros tipos de conflictos considerados internacionales como aquellos en los que los pueblos luchan por la libre determinación de su territorio o contra regímenes racistas; en cambio, como desarrollo jurisprudencial, más adelante la Sala entendió que también en los conflictos armados internos inter-étnicos, por sus características, la población civil o las personas civiles en poder de uno de los grupos étnicos se consideran también personas protegidas. Porque como apunta la Sala, se debe tomar en cuenta la sustancia de las relaciones, y no su calificación jurídica como tal⁴²⁵.

Observamos entonces que el régimen de infracciones graves cometidas en los conflictos armados internacionales contra las personas consideradas protegidas, si bien guardaba relación directa con la naturaleza del conflicto, ahora tiene un alcance mayor, relegando también la caracterización del conflicto a un segundo plano; permitiéndose por otro lado que en los conflictos armados internos predomine también el concepto de persona protegida, extendiendo entonces el régimen de infracciones graves a estos conflictos. Otro planteamiento resultaría contrario a los nuevos requerimientos y necesidades de la comunidad internacional actual y la aplicación misma del derecho internacional humanitario, como destaca Yusuf Akar⁴²⁶.

El análisis del concepto de persona protegida continuó en los casos *Celebici* y *Blaskic* por la Sala de Primera Instancia, pero siempre dentro del contexto del conflicto armado internacional. Es decir, se obvió el desarrollo del concepto mientras el conflicto armado

⁴²⁴ Aksar, Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law: from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, MPG Books Ltd, Bodmin, Cornwall, London, 2004, p. 144.

⁴²⁵ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, pars. 168-169, p. 74.

⁴²⁶ Aksar, Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law...*, *loc. cit. supra* en nota 424, p. 144.

se caracterizase por ser interno, esto debido a que la mayoría de los crímenes se cometieron durante este período, mientras las repúblicas proclamaban su independencia. Por tanto, la Sala de Primera Instancia puso énfasis en lo referido por la Sala de Apelaciones en el *caso Dusko Tadic*, en lo concerniente a la ampliación del concepto de persona protegida, sobre el entendido de que los nacionales que se encuentran en un Estado inmerso en un conflicto armado internacional tengan o no representación diplomática deben ser considerados personas protegidas⁴²⁷. Por lo tanto, la Sala, si bien apoya esta tesis, no se pronuncia sobre la ampliación de dicho concepto aplicado a un conflicto armado interno, donde las hostilidades se desarrollan entre distintas etnias.

En el *caso Celebici* particularmente, se trató de determinar por igual el estatus de personas protegidas: después de que Bosnia Herzegovina proclamara su independencia, ¿eran los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina de origen serbio personas protegidas durante el conflicto armado con Serbia, en tanto que se consideraban ciudadanos serbios, o, por el contrario, luego de iniciar el conflicto armado, continuaban siendo los serbios de Bosnia-Herzegovina ciudadanos de esa República, en tanto se consideraba bosnios? Es decir, si las víctimas de ciudadanos serbios en Bosnia-Herzegovina debían ser consideradas personas protegidas por esa República en caso de haber heredado la ciudadanía serbia; o si por el contrario permanecieron con la nacionalidad de Bosnia-Herzegovina cuando esa República optó por independizarse, situación que las excluye entonces de ser consideradas personas protegidas por esa República en tanto que son sus propios nacionales en el conflicto armado con Serbia.

Para llegar a la conclusión, la Sala de Primera Instancia partió del análisis de la dicotomía jurídica entre la regla general del derecho internacional y la excepción del derecho interno: por un lado, es de derecho internacional consuetudinario la obligación del Estado sucesor de otorgarle la nacionalidad a todos los ciudadanos del Estado predecesor que residan en su territorio, y por otro lado, ningún Estado está obligado a concederle la nacionalidad a todos los individuos del Estado predecesor, sino que es parte de su discrecionalidad, puesto que obedece a su derecho interno. La Sala descartó

⁴²⁷ *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 118, p. 97, par. 259; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 61, pp. 44 y ss., pars. 124-133 y 144-146; también en los casos: *Prosecutor v. Zlatko Aleksovsky* (IT-95-14/1-A), Judgement, Appeals Chamber, 24 March 2000, pp. 58 y ss., pars. 147-152; *Prosecutor v. Zejnil Delalic* (IT-96-21-A) (*Celebici*), Judgement, Appeals Chamber, 20 February 2001, pp. 16 y ss., pars. 52-105.

esta última consideración debido a que puede tener múltiples aplicaciones, como la de que el derecho internacional puede otorgarle otra nacionalidad en virtud de que el Estado se encontraba en disolución como consecuencia de un conflicto armado y la satisfacción de los serbios de Bosnia-Herzegovina de no formar parte de ese Estado, como se aprecia cuando estos proclamaron su constitución contemplando ser parte de Yugoslavia⁴²⁸.

En suma, la Sala de Primera Instancia no cree que sea concluyente que cada individuo tiene el derecho de elegir su propia nacionalidad en razón de algún vínculo con un Estado predecesor y el naciente, porque Bosnia-Herzegovina fue reticente a poner en marcha esa práctica, a pesar de que la Comisión Badinter designada por la Comunidad Económica Europea (Unión Europea) así lo había propuesto⁴²⁹. Sin embargo, en este tipo de conflicto, el principio de opción se ha colocado por encima de las intenciones de los Estados nacientes, debido a que, como señala la Sala, el estatus de persona protegida que cita el artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949, está hecho para proteger a las personas, y no para servir a los intereses del Estado, además que ello refleja la intención del Consejo de Seguridad de poner fin al sufrimiento de las personas atrapadas en el conflicto⁴³⁰.

Por tanto, bajo los siguientes supuestos, la Sala entendió que los serbios de Bosnia-Herzegovina atrapados en el Campamento-Prisión de Celebici (localidad de Konjic, en el centro de Bosnia-Herzegovina) fueron personas protegidas porque estos declararon su independencia de ese Estado, querían formar su propia república y fueron encarcelados

⁴²⁸ *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, pp. 95-97, pars. 254-259.

⁴²⁹ La desintegración del Estado yugoslavo fue el fundamento jurídico de la “Comisión Badinter” representando a los presidentes de los tribunales constitucionales de los 12 Estados miembros de la Comunidad Europea, para reconocer la independencia en forma exclusiva a las Repúblicas herederas de la ex Yugoslavia: Croacia, Eslovenia, Bosnia- Herzegovina y Serbia. Posteriormente fue extendido a Macedonia y Montenegro, reconocidas en esta categoría desde la Constitución de 1946 y en sus posteriores reformas: 1963, 1971 y 1974. Al respecto véase Radan, Peter, *The Breack - up of Yugoslavia and International Law*, Routledge, Tylor & Francis Group, London and New York, 2002; Radan, Peter, “Post-Secession International Borders: A Critical Analysis of the Opinions of the Badinter Arbitration Commission”, en *Melbourne University Law Review*, vol. 24, n. 1, 2000, p. s/n.; Terrett, Steve, *The Dissolution of Yugoslavia and the Badinter Arbitration Commission: a contextual study of peace – making efforts in the post – Cold War World*, Ashgate/Dartmouth, 2000; Navarro Batista, Nicolás, “La Práctica Comunitaria sobre Reconocimiento de Estados...”, *loc. cit. supra* en nota 62, 475-510; Pellet, Alain, “Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, en *EJIL*, vol. 3, n. 1, 1992, pp. 178-185.

⁴³⁰ *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, pp. 95-96, par. 256.

precisamente por su identidad. Así se demostró porque la República Federal de Yugoslavia armó y equipó a los serbios-bosnios, y éstos formaron el denominado ejército VRS; además de que el artículo 4 indicado se creó para evitar las interferencias del Estado con sus propios ciudadanos⁴³¹.

Por consiguiente, el criterio de la nacionalidad ha dejado de ser el único criterio exclusivo para otorgar el estatuto de persona protegida a una persona en un conflicto armado internacional. De ahí que, según Theodor Meron, el concepto de nacionalidad tampoco puede ser una condición exclusiva para aplicar el derecho internacional humanitario bajo el estatuto de persona protegida en muchos de los conflictos contemporáneos donde se desintegran Estados y se crean otros nuevos⁴³².

Por tanto, en un conflicto armado interno mixto con características propias de un Estado multi-étnico, esta regla general puede ser aplicada si tomamos en cuenta ese factor étnico distribuido geográficamente en distintas zonas. Es decir, aunque todos los grupos étnicos de un país multi-étnico forman la población total del Estado con la misma nacionalidad, si se desarrolla un conflicto armado entre las autoridades estatales que representan a un grupo distinto del grupo con el cual se libra dicho conflicto, la población civil de ambos grupos es la población civil del enemigo de ambos, y deben ser protegidos al tenor de la disposición señalada⁴³³.

El conflicto en Ruanda es un poco más complicado porque si bien fue un conflicto entre diferentes etnias, la causa de ello como habíamos enunciado lo constituyó la lucha por el control del poder político, es decir, los tutsis y los hutus se disputaban el control del gobierno, más no era un conflicto de separación. En cualquier caso, el factor étnico tuvo un papel preponderante en el desarrollo de las hostilidades, que llevó entre otras cosas a las autoridades ruandesas a cometer genocidio contra la minoría tutsi.

En consecuencia, el concepto de persona protegida desarrollado por la Sala de Apelaciones en el caso *Dusko Tadic*, resulta bastante difícil de aplicar a un conflicto étnico como el de Ruanda, pues no se trataba de un conflicto por la división del

⁴³¹ *Ibidem*, pp. 98-100, pars. 263-266.

⁴³² Meron, Theodor, "Classification of the Armed Conflict...", *loc. cit. supra* en nota 158, p. 239.

⁴³³ Pérez Cepeda, Ana Isabel, "Crímenes de Guerra. Especial referencia al caso Couso", en *Revista Penal*, n. 15, 2005, pp. 105-136 (111).

territorio; sin embargo, podría ser de gran utilidad para determinar el estatuto de las víctimas del genocidio tutsi, de las personas detenidas, cercadas y asesinadas por los hutus como política de exterminio. En virtud de esa consideración, siguiendo la jurisprudencia citada, la población tutsi en manos de las fuerzas armadas hutus podrían ser consideradas personas protegidas en virtud de que las víctimas del genocidio eran de origen étnico distinto al de la mayoría hutus.

Por tanto, pese a que por la tipología del conflicto en Ruanda el concepto de persona protegida que establece el artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949 a simple vista no tiene aplicación previsible, la Sala de Primera Instancia recuerda que, dentro de las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, las víctimas de los delitos cometidos en el caso *Musema*, las personas civiles desarmadas, hombres, mujeres y niños, eran personas protegidas tanto por el artículo 3 común como por el Protocolo Adicional II⁴³⁴. De manera que en un conflicto armado interno se hace casi innecesario aplicar el concepto de persona protegida como lo señala el artículo 4 del Convenio ya que el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II llevan implícita esta protección para todas las personas que no participan en las hostilidades a título de personas civiles o población civil, inclusive para los rebeldes que se encuentren en manos de una de las Partes en el conflicto.

Para ejemplificar la diferencia entre el estatuto de persona protegida otorgado por el artículo 4 del cuarto Convenio, y la protección devenida del trato humano establecido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, ponemos el ejemplo planteado por el profesor Gary D. Solis. Es el caso de una rebelión interna llevada a cabo por un grupo armado organizado, sin que dicho grupo, a pesar de tener asentamientos alrededor del país, controle aún una porción del territorio. Si uno de los líderes del grupo es capturado por las fuerzas armadas estatales, en principio se presume que dicha persona posee el estatuto de persona protegida. Sin embargo, dicha protección le sobreviene de lo establecido en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II que establecen el trato humano para todos los rebeldes capturados por el enemigo. El tratamiento otorgado le es dado con arreglo al estatuto de persona protegida, ya que el concepto de persona protegida es una construcción del artículo 4 del cuarto

⁴³⁴ *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-T), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 27 January 2000, p. 274, par. 972.

Convenio⁴³⁵.

IV. La protección de las personas civiles y el principio de distinción en los conflictos armados internos

Si partimos de que el Protocolo Adicional II no ofrece ninguna definición de persona civil, la distinción que se ha de aplicar respecto a ello parte necesariamente de los que no son combatientes y los que dejan de serlo⁴³⁶, siempre y cuando el término “combatiente” pudiera aplicarse en el marco de los conflictos armados internos, ya que no parece ser el adecuado en estos tipos de conflictos ni para los miembros de las fuerzas armadas estatales ni para los rebeldes⁴³⁷, situación esta que nos llevará a hacer referencia a lo expresado en el artículo 4 del tercer Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, que el artículo 50 del Protocolo Adicional I refiere⁴³⁸.

Por consiguiente, de conformidad con el principio de distinción, uno de los ejes fundamentales del derecho internacional humanitario, se consideran personas civiles a quienes no participen directamente en las hostilidades, es decir, los no combatientes, los cuales no pueden ser considerados bajo ninguna circunstancia objetivos militares. Pero el concepto de persona civil es mucho más amplio: de acuerdo al principio de

⁴³⁵ Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict...*, loc. cit. supra en nota 72, p. 235.

⁴³⁶ Ipsen, Knut “Combatants and non Combatants”, loc. cit. supra en nota 412, p. 65.

⁴³⁷ Oeter, Stefan, “Comment: Is the Principle of Distinction Outdated?” en *International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Wolff Heintschel von Heinegg and Volker Epping (eds.), Springer, New York, 2007, pp. 53-62 (60).

⁴³⁸ Según el Protocolo Adicional I, son civiles las personas que no pertenecen a ninguna de las categorías señaladas dentro del artículo 4, A.1), 2), 3) y 6) del tercer Convenio y el artículo 43 del presente Protocolo. Para más certeza nos permitimos reproducirlo a continuación: A. 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra; 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra. En ese mismo orden, el artículo 43 del Protocolo Adicional I define a las fuerzas armadas como un todo, que incluye a los grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, entre otras cosas, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

distinción, se entiende que son no solamente aquellos sujetos que se abstienen de participar en el conflicto armado sino también aquellos que se han rendido o bien han quedado fuera de combate. Así el principio de distinción intenta garantizar a todo aquel que no es combatiente activo en un conflicto armado el hacer efectivos los instrumentos previstos por el derecho internacional humanitario.

En esa misma línea, desde una perspectiva más práctica que teórica, la aplicación del principio de distinción se puede interpretar como la vía indispensable para definir quiénes son personas civiles y quiénes combatientes en un conflicto armado, pues el trato humano que brinda dicho principio no puede ser utilizado sin que exista una clara distinción entre fuerzas armadas estatales, no combatientes y los llamados *combatientes no privilegiados*. La regla habitual es que son personas civiles quienes no participan activa o directamente en las hostilidades, y por otro lado se presume que todos los miembros de una fuerza armada son combatientes, salvo la excepción de no combatiente dentro la misma fuerza armada definido por un acto legal constitutivo⁴³⁹.

La importancia debida de procurar la distinción de personas civiles en todo momento es de carácter consuetudinario⁴⁴⁰, no obstante lo expresado en el artículo 48 del Protocolo Adicional I, el cual señala que las partes “*en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares*”⁴⁴¹.

Para precisar su aplicación, el artículo 4 del Protocolo Adicional I señala que las Partes en conflicto carecen de la facultad para decidir sobre su estatuto jurídico, es decir, para definir quién es combatiente y quién no lo es, y por tanto quién puede ser un blanco militar legítimo. La aplicación del artículo 4, para su plena efectividad debe estar en concordancia con los artículos 50 y 43 del Protocolo I que señala estrictamente que son combatientes los que participen directamente en los enfrentamientos al ser miembros activos de las fuerzas armadas o de un organismo incorporado a las fuerzas armadas.

⁴³⁹ Ipsen, Knut “Combatants and non-Combatants”, *loc. cit. supra* en nota 412, p. 68.

⁴⁴⁰ Véase la Resolución 2444 (XXIII) de 19 de diciembre 1968, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, respecto a los Derechos Humanos en los Conflictos Armados. Esta resolución señala la prohibición de atacar a la población civil y, la obligación de distinguir las personas que participan directamente en las hostilidades y los miembros de la población civil.

⁴⁴¹ Vid, artículo 48 del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a los Convenios de Ginebra de 1949.

Por tanto queda claro que debe existir una conexión entre el combatiente y las fuerzas armadas, pues si una persona civil hace uso de las armas para enfrentar al enemigo, participando de esa manera en las hostilidades, su condición sigue siendo la de una persona civil, aunque momentáneamente puede ser blanco de un ataque mientras pierde su inmunidad hasta deponer sus armas⁴⁴². En suma, tampoco puede ser considerado combatiente por haber participado momentáneamente en las hostilidades, ya que contrasta con el hecho de no pertenecer a una de las fuerzas enemigas.

La fórmula precedente es importante porque ayuda considerablemente a distinguir las personas civiles que de manera parcial participen en las hostilidades y los combatientes. Ello evita que una persona civil después de ser arrestada quiera hacerse pasar como miembro de una de las fuerzas armadas para reivindicar el estatuto de prisionero de guerra, recordando con esto los conflictos armados internacionales. Pero añade el artículo 45 del Protocolo Adicional I que la presunción de prisionero de guerra prevalecerá y beneficiará a una persona civil que participe en las hostilidades, hasta que un tribunal competente decida al respecto, siempre y cuando la persona detenida demande tal protección.

En consonancia con el enunciado anterior, del mismo modo, el artículo 50 del Protocolo Adicional I, señala que en caso de cualquier situación no suficientemente clara para definir la condición de un individuo se le considerará como persona civil. Por tanto de ninguna forma podrá ser un objetivo militar. El mismo artículo también dispone que *“la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”*. No obstante a ello, es sabido que las personas civiles pierden la inmunidad si participan directamente en las hostilidades y mientras dure dicha participación⁴⁴³,

⁴⁴² Goldman, Robert Kogod, “International Humanitarian Law: Americas...”, *loc. cit. supra* en nota 4, p. 66.

⁴⁴³ Artículo 51 (3) del Protocolo Adicional I. En otros artículos podemos encontrar textos que también constituyen participación directa en las hostilidades por parte de las personas civiles si incumplen las prohibiciones señaladas: a) abstenerse de todo acto de hostilidad (artículo 8 (a) y (b)); abstenerse de todo acto hostil (artículo 41 (2)); encontrarse realizando un acto hostil (artículo 42 (2)); realizar actos perjudiciales para el enemigo (artículo 13 (1) y (2) y artículo 65 (1), mientras que en el Protocolo Adicional II se señala en el artículo 13 (3). Al respecto véase Rodríguez Villasante, José Luis, “La Pérdida de Inmunidad de la Inmunidad de las Personas Civiles por su Participación Directa en las Hostilidades”, en *La Respuesta del Derecho Internacional a los Problemas Actuales de la Seguridad Global*, Ministerio de Defensa, Cuadernos de Estrategia, n. 160, 2013, pp. 165-208 (175 y 185). Con carácter general véase Garraway, Charles, “The Changing Character of the Participants in War:

entendiéndose por duración el tiempo que se tarde la persona en cometer cada acto específico como apuntó el CICR⁴⁴⁴.

Ahora bien, en los conflictos armados internos las personas civiles no pueden ser identificadas de forma más convincente que en los conflictos armados internacionales debido a que la población civil en un conflicto armado interno se encuentra dispersa en medio de la lucha entre dos o más grupos armados y el gobierno estatal. De ahí la complejidad en la aplicación de dicho concepto y las acciones que se deben seguir para su protección.

En suma, como una visión general de los Protocolo Adicionales, la tesis mantenida en ellos es que la protección de las personas civiles como personas protegidas se da siempre que no tengan participación directa en el conflicto, y que tampoco estén implicados en actos de violencia ni de cualquier otra manifestación de agresión; cualquier actitud agresiva y directa contra el enemigo los podría colocar en una posición de “*combatientes*”. De todos modos, en relación a esto último y de acuerdo a lo expresado por el CICR, incluso las personas civiles que participan directamente en las hostilidades pero de forma espontánea, esporádica o no organizada siguen siendo personas civiles, todo ello como una forma de distinguirlos de los miembros de las

Civilianization of Warfighting and the Concept of ‘Direct Participation in Hostilities’”, en *International Law Studies*, vol. 87, 2011, pp. 177-186; Goodman, Ryan and Jinks, Derek, “The ICRC Interpretive Guidance on the Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n. 3, 2010, pp. 637-640; Schmitt, Michael N., “Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n. 3, 2010, pp. 697-739; Melzer, Nils, “Keeping the balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vo. 42, n. 3, 2010, pp. 831-916; Akande, Dapo, “Clearing the Fog of War – The ICRC’s Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 1, n. 1, 2010, pp. 180-192; Melzer, Nils, “Direct Participation in Hostilities: Operationalizing the International Committee of the Red Cross’ Guidance”, en *Proceedings of the Annual Meeting-American Society of International Law*, vol. 103, 2009, pp. 299-310; Lyall, Rewi, “Voluntary Human Shields, Direct Participation in Hostilities and the International Humanitarian Law Obligations of States Voluntary Human Shields”, en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 2008, pp. 313-333; Schmitt, Michael N., “Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees”, en *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n. 2, 2005, pp. 511-546.

⁴⁴⁴CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja..., *loc. cit. supra* en nota 136, p. 50.

fuerzas armadas combatientes organizadas no estatales, que para fines pertinentes poseen la *función continua de combatiente* en un conflicto armado interno⁴⁴⁵.

Ahora bien, si profundizamos un poco más en las consideraciones sobre el estatuto de persona civil de un individuo, se puede anotar que los Protocolos Adicionales parten de un concepto de persona civil muy endeble, pues puede perderse rápidamente. Así por su vulnerabilidad las personas civiles pueden caer en la categoría de combatientes cuando por ejemplo llegan a defenderse de un combatiente enemigo que no entiende del daño que podría producir su conducta al querer cometer un ataque ilegal, o bien si la persona civil pierde su protección si participa directamente en las hostilidades en una situación clara de legítima defensa⁴⁴⁶.

De hecho el mencionado artículo 50 del Protocolo Adicional I está llamado a resolver esta cuestión tan delicada, pero sin embargo, aun con esta disposición que es demasiado general las personas civiles pueden perder su condición con sólo una opinión interpretativa del enemigo de que por estar en un escenario de guerra a simple vista no lo podría considerar como persona civil como plantea dicho artículo, sobre todo en los conflictos armados internos contemporáneos caracterizados por operaciones encubiertas de grupos armados organizados, haciendo que sus miembros no puedan ser identificados correctamente⁴⁴⁷. De ahí lo controvertida que puede resultar la aplicación del concepto de persona civil, lo cual requerirá de una revisión de dicha conceptualización.

La guía de interpretación adoptada el 26 de Febrero de 2009 por el CICR ofrece un perfil conservador y muy estricto de quienes pueden prestar apoyo a los grupos armados organizados y siguen conservando su estatuto de persona civil. En ese sentido son personas civiles: los contratistas privados y las personas civiles que trabajan con los grupos armados organizados, por lo que no pueden ser considerados combatientes y en

⁴⁴⁵ *Ibidem*, pp. 48-49. También Rodríguez Villasante, José Luis, “La Pérdida de Inmunidad de la Inmunidad de las Personas Civiles...”, *loc. cit. supra* en nota 443, pp. 176-177.

⁴⁴⁶ McMahan, Jeff, *Killing in War*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, pp. 46-47; Crawshaw, Ralph, and others, *Human Rights and Policing*, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2007, p. 101; Perrin, Benjamin, “Private Security Companies and Humanitarian Organizations: Implications for International Humanitarian Law”, in: *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, in: Benjamin Perrin (edit.), The University of British Columbia, UBC Press, Canada, 2012, pp. 123-156 (142).

⁴⁴⁷ Melzer, Nils, “Direct Participation in Hostilities: Operationalizing the International Committee...”, *loc. cit. supra* en nota 443, pp. 299.

ese sentido debe evitarse que sean atacados, del mismo modo los reclutadores, entrenadores, financieros y propagandistas, cronistas, informantes, colaboradores; así como los que sólo se limitan a la compra de armamentos, contrabando, contratistas de suministros, personal encargado del bienestar de las fuerzas armadas como los médicos y personal religioso, los de fabricación y mantenimiento de armas y otros equipos militares; líderes políticos y religiosos; pese a que ello signifique realizar un apoyo sustancial a la causa de la guerra y quedar expuestos a muerte accidental o lesiones⁴⁴⁸. Se excluyen también todas las personas que pertenecen a un movimiento de insurgencia pero que no participan en las hostilidades a pesar de prestarle su apoyo sin que puedan considerarse miembros de sus fuerzas⁴⁴⁹.

V. La protección de la población civil y el principio de distinción en los conflictos armados internos

El principio de protección de la población civil hasta la adopción de los Protocolos Adicionales era de carácter consuetudinario. Pues nada igual se llegó a incluir en los Convenios de Ginebra de 1949, y los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 ofrecían pocos detalles sobre este aspecto. Así que el principio de inmunidad de la población civil es relativamente nuevo, hablando estrictamente del derecho internacional positivo⁴⁵⁰.

A pesar de que población civil y personas civiles son dos conceptos homogéneos, en el campo de batalla, el accionar del derecho internacional humanitario respecto a su protección es muy diferente, pues ya no se trata de la protección de personas civiles de manera individual propiamente, sino del conjunto de ellas. Así lo define el artículo 50 del Protocolo Adicional I, el cual apunta que la población civil comprende a todas las personas civiles.

⁴⁴⁸ ICRC, "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities...", loc. cit. supra en nota 313, p. 1008. De la versión en castellano ver pp. 1-85 (34-35) en https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf, fecha de consulta 20 de diciembre de 2014. También Goodman, Ryan, "The Detention of Civilians in Armed Conflicts"..., loc. cit. supra en nota 281, p. 52.

⁴⁴⁹ Goodman, Ryan, "The Detention of Civilians in Armed Conflicts"..., loc. cit. supra en nota 281, p. 53.

⁴⁵⁰ Kalshoven, Frits, "Civilian Immunity and the Principle of Distinction", en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, 1981-1982, pp. 855-882 (858), también Bothe, Michael; Partsch, Karl Josef & Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Second edition, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2013, p. 769.

Así, el TPIR, haciendo uso de este artículo 50, señala que el universo de la población civil incluye a las personas que ya no forman parte activa en las hostilidades, como pueden ser los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa⁴⁵¹. Pero sin que esto signifique que no puedan ser procesados por violaciones al derecho interno, diferencia que venimos apuntando respecto a las personas civiles que nunca han participado en el conflicto; de ahí que la caracterización de estas personas dentro de la población civil es cuestionable y hacen pensar que se refiere sólo para garantizar el trato humano.

Por otro lado, en cuanto a la protección de la población civil en los conflictos armados internos, también es aplicable el principio de distinción el cual tiene su origen también en el derecho internacional consuetudinario⁴⁵², y tiene importantes consecuencias. A primera vista, tal como lo señala la regla de inmunidad del artículo 13 del Protocolo Adicional II, las partes en conflicto deben proteger a la población civil contra los peligros procedentes de operaciones militares. En un conflicto armado interno, la población civil se encuentra más propensa a ser atacada siempre y cuando el conflicto armado tenga la naturaleza de una guerra civil de grandes proporciones. En esa situación, el conflicto generalmente se desarrolla en las grandes ciudades, lugares que albergan la mayor cantidad de personas civiles, en principio no enemigas de ninguno de los combatientes, o pueden ser el principal enemigo si se identifican con uno de los adversarios enfrentados. Pero, en definitiva, en estos conflictos armados internos la protección de la población civil es muy diferente a la protección de la población civil en los conflictos armados internacionales donde se hace referencia a la población civil del estado enemigo.

No obstante, el derecho internacional humanitario prevé una protección integral, sin distinción con arreglo a la categoría del conflicto. Por ello, el inciso 2 del artículo 13 del Protocolo Adicional II señala que la población civil de ninguna forma puede ser objeto de ataques militares y así mismo se establece que los actos como amenazas, inclusive las represalias, quedan estrictamente prohibidos. Es cierto que ni el artículo 3 común ni

⁴⁵¹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 582.

⁴⁵² *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 122 y 127.

el Protocolo Adicional II establecen tomar precauciones al momento de realizar un ataque, pero la protección a la población civil trae consigo que un ataque a un objetivo militar concreto deba realizarse con sumo cuidado de tal forma que una de las partes no involucre a la población civil en dicho ataque⁴⁵³.

Por ello, las partes deben ser muy meticulosas al momento de elegir un objetivo militar que se considere vital para su ventaja durante los enfrentamientos, porque a la luz del artículo 51 inciso 5 del Protocolo Adicional I, queda prohibido y constituye un ataque indiscriminado contra la población civil, aquel ataque contra objetivos militares precisos y claramente separados situados en aldeas, ciudades, pueblos u otras zonas con una concentración de personas civiles o bienes de carácter civil. Esta regla es pensada para respetarse inclusive con el uso de tecnologías que puedan hacer precisos sus ataques, como apunta el CICR en relación a las nuevas tecnologías⁴⁵⁴.

De manera complementaria, los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra extienden la protección a la población civil contra ataques terroristas o cualquier otra amenaza que pueda poner en peligro a personas civiles. Así lo indican el artículo 51 inciso 2 del Protocolo Adicional I y el artículo 13 inciso 2 del Protocolo Adicional II. Asimismo, como observación general y en cuanto a los efectos dañinos de la guerra, existe una analogía entre las disposiciones del Protocolo Adicional I y el Protocolo Adicional II. Ello destaca que se protege a las personas civiles en sentido general indistintamente de la caracterización del conflicto.

VI. Obligaciones de las autoridades estatales y los grupos armados organizados frente a las personas civiles y la población civil en los conflictos armados internos, y respecto de sí mismos

La codificación del derecho de la guerra en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, en la que la protección del individuo que no participa directamente en las hostilidades, sobre todo las personas civiles y la población civil, vino a ocupar un papel preponderante, significó el primer paso hacia la humanización de

⁴⁵³ Solf, Waldemar A., "Protection of Civilians against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol I", en *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 1, 1986, pp. 117-135 (130); International Institute of Humanitarian Law, "The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict", Drafting by Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway and Yoram Dinstein, Sanreno, 2006, pp. 1-71 (26).

⁴⁵⁴ CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja... *loc. cit. supra* en nota 136, pp. 40 y ss.

los conflictos armados. La segunda etapa comienza a partir del fin de la Guerra Fría en la década de los noventa con la institucionalización de la justicia penal internacional a raíz de la creación del TPIY y el TPIR, como una medida para contrarrestar la creciente violación de normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario en la guerra.

Es en este proceso de reconocimiento de los valores humanos en el desarrollo de la guerra, con la correspondiente participación e influencia ejercida por el CICR, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y la ONU principalmente⁴⁵⁵, como los Estados se han visto una vez más obligados a cumplir con las normas de derecho internacional humanitario. Con la puesta en marcha de una CPI para perseguir los más graves crímenes internacionales en tiempo de paz y de guerra, se pretende también disuadir a los Estados a respetar con más ahínco el derecho internacional, e indirectamente a los grupos armados con quienes los Estados combaten en una lucha interna.

Por consiguiente, en la actualidad, se percibe un mayor compromiso por el respeto del derecho internacional humanitario, sin que ello signifique el pleno respeto de sus normas relativas a la protección de las personas civiles y la población civil, sobre todo en los conflictos armados internos que ocupan los primeros lugares de todos los conflictos armados existentes al inicio del siglo XXI. Es así porque, como sabemos, el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internos es mucho más discreto en la regulación, dejando gran parte de los derechos esenciales de todo ser humano a expensas de la actuación del Estado, lo que siempre es preocupante.

El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 permite que las Partes en conflicto puedan aplicar la totalidad o parte de las disposiciones de los Convenios mediante acuerdos especiales. Otra disposición del Protocolo Adicional II va en la misma dirección, pues, tal como se ha subrayado otrora, el artículo 6 inciso 5 prevé que las autoridades en el poder procuren otorgar la amnistía lo más amplia posible para las personas que se encuentren privadas de su libertad por motivos relacionados con el

⁴⁵⁵ Ellen O'Connell, Mary, "Humanitarian Assistance in Non International Armed Conflict: The Fourth Wave of Rights, Duties, And Remedies", en *Israel Yearbook on Human Rights*, Kluwer Academic Publishers Group, Netherlands 2002, pp. 183-219 (183).

conflicto, con lo que se acerca a las disposiciones de los conflictos armados internacionales que versan sobre el estatuto de prisioneros de guerra, en cuyo contexto una vez terminado el conflicto deben ser puestos en libertad.

Si bien estas dos disposiciones no son obligatorias para ser aplicadas por las Partes, constituyen una forma de responsabilizarse por respetar en todo momento los principios fundamentales del derecho internacional humanitario. Por otro lado, es una forma de garantizar el respeto de los derechos humanos más elementales que resultan afectados en estos conflictos, al no haber una norma detallada que regule ciertos comportamientos o conductas inapropiadas dentro del derecho de la guerra, que sí están prohibidas de forma expresa en los conflictos armados internacionales.

Por ejemplo, en el renombrado caso *Dusko Tadic*, el TPIY entendió que en los conflictos armados internos también las Partes durante el conflicto son susceptibles de cometer violaciones a las leyes de la guerra, contrariamente a la retórica tradicional donde se pensaba que esto sólo tenía cabida en los conflictos armados internacionales. La Sala en esta decisión puso énfasis en los acuerdos alcanzados por las Partes donde se comprometían a respetar muchas de las disposiciones de los Convenios de Ginebra, aun suponiendo la caracterización del conflicto como interno. Asimismo, apuntó también que las violaciones a las leyes de la guerra en los conflictos armados internos no significa la intención del derecho internacional general de regular todos los aspectos de estos conflictos, sino extender en lo particular la aplicación de algunas disposiciones atinentes a los conflictos armados internacionales a los de carácter interno. Esto se fundamenta precisamente en la esencia misma del derecho internacional humanitario y el desarrollo de normas consuetudinarias como la protección de las personas civiles y la población civil contra los efectos de las hostilidades, los ataques indiscriminados contra ellos y sus bienes de carácter civil, así como la prohibición de ciertos medios de guerra para llevar a cabo los combates⁴⁵⁶.

Particularmente, la disposición del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 en lo atinente a la posibilidad del Estado de concertar acuerdos especiales con los rebeldes es muy valiosa, pues las Partes deben seguir un patrón de conducta conforme a

⁴⁵⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 126 y 127.

lo que ordenan dichos Convenios, sin que ello signifique la aceptación tácita de la existencia de un conflicto armado⁴⁵⁷. De esta manera se estará garantizando la protección de la población civil y de las personas civiles durante la contienda.

Por otra parte, en lo que se refiere a las obligaciones respecto de sí mismos contraídas por ambas Partes, si el Estado acepta otorgar a los rebeldes el estatuto de prisionero de guerra, esto supone abstenerse de ejercer acción penal con ellos, no obstante el hecho de haber participado en el conflicto, por supuesto si conducen sus operaciones de acuerdo a las leyes de la guerra. Por el contrario, si no se llegara a ese acuerdo, los rebeldes, aun conduciendo sus operaciones de acuerdo a las leyes de la guerra, podrán ser perseguidos por violaciones al derecho interno.

Pero, al ponerse en marcha la jurisdicción y competencia de la CPI las posibilidades de que un Estado en un conflicto armado interno logre concertar un acuerdo relacionado al otorgamiento del estatuto de prisionero de guerra a los rebeldes son remotas, es así porque para el caso en que a los rebeldes se les otorgue inmunidad ante los tribunales nacionales mediante acuerdo especial por participar directamente en el conflicto armado, no ocurrirá lo mismo con los integrantes de las fuerzas armadas regulares y sus superiores ante la CPI. A menos que ambas partes acuerden regirse sólo por el derecho interno, relegando la futura jurisdicción de la CPI a la actuación de los tribunales nacionales, lo que parece ser más idóneo; de todos modos la competencia de la CPI es complementaria, teniendo los tribunales nacionales primacía sobre ella.

El CICR, que se ha destacado por propiciar acuerdos entre el Estado y grupos armados organizados para aplicar el derecho internacional humanitario⁴⁵⁸, también desempeña un rol importante al momento de velar por el cumplimiento de las normas en toda situación de conflicto armado que entienda existe, el cual es uno de sus principios y propósitos por los que fue creado, sin que ello implique que deba obligar a los Estados a cumplir las normas.

⁴⁵⁷ Rowe, Peter, "The International Criminal Tribunal for Yugoslavia. The Decision of the Appeals Chamber on the Interlocutory Appeals on the Jurisdiction in the Case Tadic", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n. 3, 1996, pp. 691-701 (700).

⁴⁵⁸ Ver una relación de Estados donde se han alcanzado acuerdo sobre la aplicación del derecho internacional humanitario, el artículo 3 común y el Convenio IV de Ginebra de 1949 hasta 1978. Forsythe, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts", en *AJIL*, vol. 72, n. 2, 1978, pp. 272-295 (275).

Existe una preocupación por el cumplimiento del derecho internacional humanitario tanto por el Estado como por los grupos armados. En palabras del presidente del CICR, Jakob Kellenberger, son varias las acusas que originan la inobservancia del derecho internacional humanitario: la falta de voluntad política para aplicarlo, la falta de control preventivo y actitud para perseguir a quienes cometen los crímenes. No obstante, el destacado jurista cree que la presión política es una de las vías más importantes para cambiar la mentalidad de los Estados y los grupos armados hacia el cumplimiento del derecho internacional humanitario; aboga por que los mecanismos de observancia como la Comisión Internacional de Encuesta (artículo 90 del Protocolo Adicional I), que nunca ha desarrollado actividades desde que se creó en 1991, tengan competencia obligatoria para verificar el cumplimiento del derecho internacional humanitario respecto a las infracciones graves, en suma, que no dependan del consentimiento de la otra Parte para iniciar sus investigaciones⁴⁵⁹.

VII. Protección de las personas civiles y la población civil al inicio del conflicto armado interno

La protección de las personas civiles y la población civil al inicio del conflicto armado interno está condicionada a la verificación de la existencia misma del conflicto. Por tanto, la versión adoptada por los gobiernos en la aceptación de una situación como conflicto armado interno repercute de forma significativa en la aplicación del derecho internacional humanitario, el cual está condicionado a ello, convirtiéndose las personas civiles y la población civil en un blanco perfecto para ser víctimas de las atrocidades cometidas sin que medie ninguna garantía en caso de ser atacados y violados sus derechos de forma sistemática. Por ello, los Estados están obligados a sentar las bases para garantizar el cumplimiento del derecho internacional humanitario antes del inicio de un conflicto armado. En primer lugar los Estados deben adoptar medidas de aplicación, es decir, transponer a su derecho interno las normas y disposiciones asumidas en los Convenios y sus Protocolos Adicionales, y en segunda lugar deben emplear medidas de difusión para que se conozcan sus reglas, especialmente en los

⁴⁵⁹ CICR y Kellenberger, Jakob, “Hacer Respetar el Derecho Internacional Humanitario en un Entorno en Constante Evolución y Papel de las Naciones Unidas”, Declaración Oficial de 26 de Septiembre de 2009 ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-260909.htm>, fecha de consulta 25 de septiembre de 2014.

círculos castrenses, en los que en principio hay mayor responsabilidad en su conocimiento⁴⁶⁰.

En consecuencia, los Estados están llamados a adoptar medidas de prevención y cumplimiento del derecho internacional humanitario las cuales deben ponerse en marcha una vez haya una declaración oficial de la existencia de un conflicto armado por parte de quienes ostentan el poder, en cuyo caso los Estados no están obligados admitir que en su territorio se está produciendo un conflicto armado. Recordemos que los demás Estados deben abstenerse de realizar cualquier pronunciamiento sobre la situación bélica de otros Estados en cuanto a que acepten que su país se encuentra inmerso en un conflicto armado interno, porque ello podría significar una intromisión en sus asuntos internos, principio fundamental del derecho internacional que los obliga a mantenerse al margen de dicha cuestión.

No obstante, los Estados tienen el deber de ir aplicando parcialmente ciertas normas básicas de derecho internacional humanitario mientras se van orquestando actos violentos de duración e intensidad prologados porque son factores que contribuyen a presumir la existencia de un conflicto armado interno. En situaciones como esas se deben ir procurando proteger a la población civil y distinguir las personas civiles de los “combatientes”. Así, como se ha señalado, son indicios suficientes que indican el comienzo de un conflicto armado el hecho de que un Estado no controla ya por medios policiales e inclusive por las fuerzas armadas una situación de turbulencia interna, así como que sus opositores se comportan de una manera tal que le pueden desafiar por medio de las armas.

Se entiende asimismo que cuando el CICR solicita a un Estado que le permita atender a los heridos y visitar a los detenidos, es porque se presume que existe bien una situación clara de disturbios interiores o un conflicto armado interno⁴⁶¹, como ha sucedido en los últimos conflictos armados internos a partir de finales del siglo XX y principios del

⁴⁶⁰ Pignatelli y Meca, Fernando, “El Sistema de Eficacia del Derecho Internacional Humanitario, en Especial la Protección Penal de las Víctimas en los Conflictos Armados Internos”, en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, en Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (coords.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria / Universidad Carlos III de Madrid, Colección Electrónica, n. 2, año 2013, Madrid, España, pp. 177-220 (178).

⁴⁶¹ Goldman, Robert Kogod, “International Humanitarian Law and the Armed Conflicts...”, *loc. cit. supra* en nota 34, p. 544.

siglo XXI: así, en los conflictos de Biafra-Nigeria (1967-1970), El Salvador (1979-1992), Nicaragua (1979-1984), Colombia (1948-?), la ex Yugoslavia (1991-1999), Ruanda (1990-1994), Rusia y Chechenia (1994-?), Turquía y el PKK (1984-?), República Democrática del Congo (1998-?), Sudán-Darfur (2003-?), entre otros⁴⁶². Esta preocupación del CICR de velar porque se aplique el derecho internacional humanitario y de proveer asistencia a los enfermos y detenidos ha contribuido a desarrollar en parte el derecho internacional humanitario, lo que le ha valido para interpretar muchas de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977⁴⁶³.

En todo caso, es necesario reiterar que, exista o no consenso en aceptar la existencia de un conflicto armado interno, las Partes deben procurar en todo momento distinguir a las personas civiles de los combatientes y evitar que las personas civiles y la población civil sean blancos de ataques indiscriminados, así como los bienes de carácter civil. Estos principios afectan tanto a los conflictos armados internos como a los internacionales, porque son inherentes a toda situación de conflicto, es decir, forman parte del derecho consuetudinario internacional⁴⁶⁴.

Sección Tercera. Caracterización de la responsabilidad internacional penal del individuo en los conflictos armados internos

I. Subjetividad pasiva del individuo: su responsabilidad internacional penal

El individuo, como sujeto pasivo, entiéndase por ello la condición de ser destinatario de deberes y obligaciones, está obligado al cumplimiento de ciertas normas internacionales en el campo de la protección de los derechos humanos esenciales para la supervivencia del Estado y de toda la comunidad internacional. Nos referimos exclusivamente a las normas internacionales que prohíben la comisión de violaciones de obligaciones

⁴⁶² Ellen O'Connell, Mary, "Humanitarian Assistance in Non International Armed Conflict...", *loc. cit. supra* en nota 455, p. 183. Ver una relación de los conflictos armados internos actuales estancados en un estudio realizado por Cañadas Francesc, María, *Alerta 2006: Conflictos Derechos Humanos y Construcción de Paz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Escola de Cultura de Pau, Icaria, 2006.

⁴⁶³ Vid. Bugnion, François, "The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law", en *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n. 1, 2004-2005, pp. 191- 216.

⁴⁶⁴ Meron, Theodor, "The Geneva Conventions as Customary Law", en: *AJIL*, vol. 81, n. 2, 1987, pp. 348-370; sobre la protección de los civiles y población civil contra los efectos de la Guerra, vid. Solf, Waldemar A., "Protection of Civilians against the Effects of Hostilities...", *loc. cit. supra* en nota 453, pp. 117-135.

emanadas de normas imperativas de derecho internacional general, que constituyen crímenes internacionales, y por los cuales el individuo puede ser perseguido tanto por los tribunales penales estatales como por una jurisdicción internacional penal creada para esos fines.

La responsabilidad internacional penal del individuo ha sido puesta en ejecución desde los orígenes del derecho internacional humanitario con menor firmeza que en los tiempos actuales⁴⁶⁵. La misma es consustancial a la tipificación de los delitos, pero en principio el derecho internacional humanitario se reducía a meros acuerdos basados en la hospitalidad y la moral, y no contenía elementos sancionadores⁴⁶⁶, sin lo cual la responsabilidad internacional penal del individuo no podría establecerse. Por ello, frente a la necesidad de reglamentar la guerra⁴⁶⁷, este sería el primer objetivo: considerar neutrales a los soldados heridos de cada batallón, así como la responsabilidad mutua de cuidarlos y protegerlos cuando cayeran abatidos o enfermos como consecuencia de la guerra.

Durante la guerra civil norteamericana en 1863 se presentó el primer intento de codificación de los usos y costumbres de la guerra llamado Código Lieber⁴⁶⁸, el cual sirvió de antecedente inmediato para que los Estados materializaran el primer Convenio de Ginebra sobre los usos y costumbres de la guerra en 1864. Le sucedió la Declaración de San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868, que al promover la prohibición de determinados proyectiles en tiempo de guerra que ocasionaran males innecesarios a los

⁴⁶⁵ Desde el tiempo de las cruzadas, en el siglo XII, los líderes y jefes de los grupos combatientes se hacían acompañar de un grupo médico para curar sus soldados heridos y los del enemigo. A medida que pasaba el tiempo, esta parte fundamental del derecho internacional humanitario se caracterizaba cada vez más por proteger a los combatientes caídos y personas neutrales pasando a ser una costumbre creadora de obligaciones internacionales. Por ello, más tarde, se consiguió que se llevara a cabo el primer proceso del que se tenga noticia por crimen de “agresión”, -todavía no codificado el término-, por haber comenzado una guerra considerada injusta, desarrollada en Nápoles durante el siglo XIII (1268), contra el Duque de Suabia, llamado Conradin von Hohenstafen, Véase Bassiouni, M. Cherif, *Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 465, pp. 60-61.

⁴⁶⁶ Greppi, Edoardo, “Evolución de la Responsabilidad Penal Individual Bajo el Derecho Internacional”, en *RICR*, n. 835, 30/09/1999, pp. 531-554.

⁴⁶⁷ Swinarski, Christophe, “Principales Nociones e Instituciones de Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de las Personas”, en *RICR*, n. n/d, 1/06/1991, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/swinarsky.htm>, fecha de consulta 30 de septiembre de 2013; Bugnion, François, “Guerra Justa, Guerra de Agresión y Derecho Internacional Humanitario”, en *RICR*, n. 487, 30/09/2002, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecmu.htm>, fecha de consulta 30 de septiembre de 2013.

⁴⁶⁸ Vid. Petit de Gabriel, Eulalia W., *Las Exigencias de Humanidad en el Derecho Internacional Tradicional, 1789 – 1939: el marc...*, *loc. cit. supra* en nota 378, pp. 139-142.

combatientes caídos o puestos fuera de combate, constituyó junto al Convenio citado, un paso adelante tendiente a evitar infligir tortura, tratos inhumanos o degradantes a esas personas, en suma, ambos instrumentos van consolidando la aparición del estatuto de prisionero de guerra durante un conflicto armado internacional y con ello también la responsabilidad internacional penal del individuo respecto a esas normas.

No obstante, estas normas no contenían ningún medio de represión⁴⁶⁹. Esta fue la principal preocupación de Gustave Moynier que en 1872 propuso la creación de un tribunal internacional competente para sancionar a los individuos acusados de violación de esas normas; sin embargo, las consecuencias de la Guerra Franco-Prusiana (1871-1872) provocaron que el proyecto de Moynier tuviera poco impacto internacional, pues se consideraba la condena o represión pública internacional como sanción suficiente para quienes quebrantaban el mínimo exigible en las guerras. Se entendía como suficiente la sanción meramente moral para reparar el agravio social desencadenado, razón por la cual se estimaba innecesario pensar en un tribunal penal internacional⁴⁷⁰.

Así pues, mientras la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones del derecho internacional humanitario continuaba siendo imprescindible para evitar los excesos de la guerra, el derecho internacional humanitario siguió complementándose con la Declaración de Bruselas de 27 de agosto de 1874, sobre los usos y costumbres de la guerra, la cual incorporó algunas disposiciones del Código Lieber, y, aunque los Estados firmantes no llegaron a ratificarla por falta de compromiso serio en obligarse, supuso otro importante instrumento para reafirmar el trato debido a los prisioneros de guerra, además de la prohibición de bombardear localidades no defendidas, de lo que se deduce cierta protección a las personas civiles y a la población civil, en suma, la Declaración sirvió de modelo para Convenios posteriores⁴⁷¹, como con los Convenios de La Haya de 29 de julio de 1899 también relativos a las leyes y usos de la guerra

⁴⁶⁹ Uríos Moliner, Santiago, “Antecedentes Históricos de la Corte Penal Internacional”, en: Gómez Colomer, J.L.; González Cussac, J.L. y Cardona Llorens, J. (coord.). *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*. Tirant lo Blach, Valencia, 2003, pp. 23-59 (23-24). La propuesta presentada por Moynier se puede ver en: “Keith Hall, Christopher, “Primera Propuesta de Creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente”, en *RICR*, n. 145, marzo de 1998, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkq.htm>, fecha de consulta 05 de enero de 2015.

⁴⁷⁰ Keith Hall, Christopher, “Primera Propuesta de Creación...”, *loc. cit. supra* en nota 469.

⁴⁷¹ Ver Declaración y demás cuestiones previas en Schindler, Dietrich and Toman, Jirí, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, The Netherlands, 1988, pp. 25-34, también Krammer, Arnold, *Prisoners of War: A Reference Handbook*, Greenwood Publisher Group, The United States of America, 2008, pp. 97 y ss.

terrestre (segundo Convenio y su Reglamento) y la aplicación de sus principios a la guerra marítima (tercer Convenio), los cuales se revisaron en 1907 (cuarto Convenio y su Reglamento) sin que obligara al Estado a perseguir penalmente a quienes infringieran sus normas⁴⁷². Sin embargo, la Convención de Ginebra de 1906 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña en su artículo 28 atribuía al Estado la responsabilidad de reprimir los actos individuales de pillaje y los malos tratos realizados a los heridos y enfermos de los ejércitos.

Fue al finalizar la Primera Guerra Mundial en noviembre de 1918, cuando las Potencias vencedoras acordaron impulsar el citado proyecto de la creación de un tribunal penal internacional bajo su propia concepción de la justicia. De esta manera, los gobiernos de Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Italia y Japón deciden investigar las responsabilidades internacionales y criminales individuales durante las hostilidades⁴⁷³, apuntando a Alemania y sus máximos representantes por ser considerada la iniciadora del conflicto, y por tanto, responsables de todas las consecuencias sobrevenidas. A esta postura llegó la Comisión sobre las Responsabilidades de los Autores de la Guerra y para la Imposición de Sanciones, creada por el Tratado de Versalles⁴⁷⁴. El artículo 227 de este tratado previó la creación de un tribunal internacional para juzgar, en particular, al ex Emperador Alemán Guillermo II (el Kaiser)⁴⁷⁵, por haber cometido “*ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados*”⁴⁷⁶.

⁴⁷² Uríos Moliner, Santiago, “Antecedentes Históricos de la Corte Penal...”, *loc. cit. supra* en nota 469, pp. 25-26. En el artículo 56 del Reglamento encontramos una modesta responsabilidad de la potencia ocupante de la obligación de perseguir “penalmente” a las personas que ocupen o destruyan los bienes de las comunidades, los establecimientos consagrados al culto, a la caridad, la instrucción, las artes y las ciencias, aunque pertenezcan al Estado, también la destrucción de monumentos históricos, obras artísticas y científicas.

⁴⁷³ Carrillo Córdoba, Ana M. y Pérez Gil, Luis V., “Consideraciones Acerca del Instrumento Jurídico de Establecimiento de Tribunales Penales Internacionales”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Laguna, n. 13, 1996, pp. 219-236 (222).

⁴⁷⁴ Valencia Villa, Hernando, “El Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad ante la Nueva Corte”, en *Revista de Estudios Sociales*, n. 7, tema: colombianos en la diáspora, septiembre, 2000, pp. 85-90, ver versión electrónica en: <http://res.uniandes.edu.co/view.php/156/view.php>, fecha de consulta 28 de diciembre de 2014.

⁴⁷⁵ Yañez Barnuevo, Juan A., “Hacia un Tribunal de la Humanidad”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional / Cour Euroméditerranéens Bancaja de Droit International / Bancaja Mediterranean Courses of International Law*, vol. V (2001), pp. 805-830 (812); Carrillo Córdoba, Ana M. y Pérez Gil, Luis V., “Consideraciones Acerca del Instrumento...”, *loc. cit. supra* en nota 473, p. 222; Uríos Moliner, Santiago, “Antecedentes Históricos de la Corte Penal...”, *loc. cit. supra* en nota 469, pp. 26-27. Con el intento de juzgar al Kaiser queda registrada en la historia la aparición de la subjetividad pasiva internacional del individuo en la época contemporánea, principio que lo considera responsable directo por cometer crímenes internacionales.

⁴⁷⁶ Sellars, Kirsten, *‘Crimes against Peace’ and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 7.

Este artículo del Tratado, sin embargo, no fue suficiente para que Holanda aceptara entregar al Kaiser a la justicia de los vencedores. Su defensa fue la aplicación del principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”⁴⁷⁷. Precisamente la creación del tribunal atentaba contra este principio internacionalmente reconocido, porque no existía un código de crímenes tipificados internacionalmente que entrañara la responsabilidad internacional penal del individuo en un conflicto armado internacional. Al tiempo que, según el principio clásico de derecho internacional sobre la extradición, ningún Estado está obligado a extraditar, salvo si ha concertado un tratado mutuo con quien reclama la extradición. En cualquier caso, Holanda hubiera podido juzgar al Kaiser, pero como se advirtió el derecho internacional humanitario no preveía esa posibilidad de manera concluyente.

La responsabilidad internacional penal del individuo por la comisión de crímenes internacionales derivada de la Primera Guerra Mundial volvió a escenificarse después de concluida la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Los Estados vencedores de la guerra, Gran Bretaña, la Unión Soviética, los Estados Unidos y Francia, reunidos en la capital inglesa el 8 de agosto de 1945, concertaron un Tratado por el que se comprometían a iniciar un proceso judicial contra los criminales de guerra, pero únicamente de aquéllos que pertenecían a las derrotadas potencias del eje.

De esta manera, las potencias vencedoras de la guerra crearon los tribunales penales internacionales *ad hoc* de Núremberg y Tokio (1945 y 1946 respectivamente), para juzgar a los altos miembros militares del nazismo alemán y de Japón. Las normas que recogían los Estatutos de estos tribunales sirvieron de sustento para comenzar un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. El derecho internacional penal actual debe su existencia a los principios trazados en esos Estatutos sobre la responsabilidad internacional penal del individuo por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y agresión.

⁴⁷⁷ Tavernier, Paul, “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, en *RICR*, n. 144, Noviembre-Diciembre, 1997, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl79.htm>, fecha de consulta 14 de septiembre de 2014.

Sin embargo, de manera funcional, el reconocimiento de la responsabilidad internacional penal del individuo naciente durante este período encontró el escollo de que la creación de estos tribunales *ex post facto* violaba también el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pues no había un catálogo de crímenes tipificados antes del inicio de la guerra. Del mismo modo, se violó el principio de la irretroactividad de la ley penal⁴⁷⁸, pues aunque existían normas sobre regulación de la guerra de carácter consuetudinario, hacía falta formular en el plano internacional los elementos constitutivos de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, de genocidio y agresión. Fue entonces después de la Segunda Posguerra que los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio establecieron los delitos conjuntamente con sus elementos constitutivos, considerándose como la primera vez en la historia de la humanidad donde se definen de forma expresa, como lo señala Miaja de la Muela⁴⁷⁹.

De todos modos, en nuestra opinión, fue con la creación de los tribunales de Nüremberg y Tokio cuando se reconoció de forma efectiva que el individuo puede ser responsable internacionalmente por la comisión de crímenes internacionales, es decir, puede ser acusado de cometer crímenes de guerra, crímenes contra la paz (agresión) y crímenes contra la humanidad, cuyo antecedente se remonta al contenido de los artículos 227 y 228 del Tratado de Versalles.

Por otro lado, el Tribunal de Nüremberg reconoce al Estado como un sujeto abstracto, por lo que no puede ser responsable penalmente, sólo los individuos pueden serlo en la medida que son ellos quienes cometen los crímenes directamente⁴⁸⁰. En ese mismo sentido, se proyectó atribuirles responsabilidad internacional penal a las asociaciones u organizaciones criminales, pero sólo para facilitar el encausamiento de las personas que participasen en ellas (artículo 9 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg).

Así, al crearse estos tribunales, se asimiló la idea de que, como sujeto responsable internacionalmente por los crímenes cometidos durante un conflicto armado, el individuo podía ser encausado por un tribunal interno o internacional creado para ello.

⁴⁷⁸ Virreal Corrales, Lucinda, *Cooperación internacional en materia penal*, editorial Porrúa, México, 1997, p. 112.

⁴⁷⁹ Miaja de la Muela, Adolfo, "El Genocidio, Delito Internacional", en *REDI*, vol. IV, n. 2, 1951 pp. 363-408.

⁴⁸⁰ Anuario de la CDI, 53º período de sesiones, abril-agosto, 2001, Doc. oficial de la Asamblea General, 56º período de sesiones, suplemento n. 10 (A/56/10), p. 300.

Con todo, en el transcurso de las décadas siguientes a la Segunda Posguerra, la responsabilidad internacional penal del individuo entró en un *impasse* a consecuencia de la Guerra Fría, volviendo a ser tratada tras su término con el establecimiento del TPIY y del TPIR a fines del siglo XX. Con el establecimiento de la CPI viene a consumar ese principio mediante un tratado universal aceptado por más de la mitad de los Estados del mundo, con excepción de algunas de las principales potencias militares.

La existencia de estos tribunales, y sobre todo de la CPI con jurisdicción permanente, viene a confirmar también la subjetividad pasiva del individuo en derecho internacional, el cual puede ser juzgado por los crímenes internacionales cometidos durante un conflicto armado interno o internacional. De esta manera se ha llenado el vacío dejado por el derecho internacional penal una vez se tipificaron los delitos de piratería y el ataque a los mercantes en alta mar como un crimen de derecho internacional en la época clásica⁴⁸¹. Además, el individuo como un ser en estado cuerdo y con facultad para actuar por sí mismo, a diferencia del Estado que es un ente abstracto, posibilita que el derecho regule su comportamiento de manera objetiva y específica como apunta Hans Kelsen⁴⁸².

En ese sentido, la concesión de derechos y la imposición de obligaciones al individuo por el derecho internacional se observa cuando así lo enuncian la mayoría de los tratados de derechos humanos y los principios generales del derecho⁴⁸³, así como lo

⁴⁸¹ La penalización internacional del individuo por el delito de piratería se hace efectiva solo a través de la actuación de los tribunales internos, concretamente, el artículo 15 de la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre Alta Mar. Se puede castigar el delito de la piratería con penas impuestas por el Estado que ha logrado detener a los autores del hecho, es decir, no por un tribunal internacional; así mismo lo enuncia el artículo 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982.

⁴⁸² Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, 1995. pp. 408-413.

⁴⁸³ Al respecto, pero concerniente a un tratado bilateral, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) dictaminó que si bien es cierto que un acuerdo internacional no crea derechos y obligaciones directos a los individuos, la finalidad de algunas de sus reglas es crear derechos y obligaciones exigibles a los individuos por los órganos jurisdiccionales nacionales. Ver CIJ, Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials Who Have Passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration*, de 3 de marzo de 1928, serie B, n. 15, pars. 17-18. Por tanto, lo enunciado por la Corte es una muestra del cambio de posición de la noción que siempre se había tenido del individuo a nivel internacional. Sin embargo, en el caso *LaGrand* la CIJ declaró que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 sí crea obligaciones directas para los nacionales del Estado que envía, considerando ese derecho como imperativo, vid. CIJ, Case *LaGrand (Germany v. United States of America)*, 27 June 2001, par. 77, pp. 494/32. Andrew Clapham considera que la afirmación de la Corte en ese sentido, es decir, que el artículo de la Convención crea obligaciones individuales, significa que otorga subjetividad internacional al individuo. Vid. Clapham, Andrew, "The Role of the Individual in International Law", en *EJIL*, vol. 21, n. 1, 2010, pp. 25-30 (28).

referente a la prohibición de ciertas conductas que atacan el honor de las personas, lesionando gravemente derechos esenciales de toda la comunidad internacional. Por lo tanto, el individuo como tal es un ente de derechos y obligaciones por naturaleza, pero ello no es suficiente, hace falta un derecho positivo para sustentarlo y al mismo tiempo sancionar su comportamiento cuando contraviene obligaciones internacionales.

La doctrina, por ejemplo, es consciente de este punto de vista, así, de forma sucinta, Wilhelm Wengler sugiere la existencia de un acto antijurídico con la consecuente responsabilidad sobrevenida por el hecho causado, que podría recaer inclusive en quien no sea el autor intelectual del acto antijurídico⁴⁸⁴. Dicho autor llega a indicar que en derecho internacional no sólo el Estado es responsable por un hecho antijurídico sino también sus órganos, y el individuo en última instancia, de manera que la responsabilidad por el hecho causado le confiere a los encausados la facultad de ser sujeto de derecho internacional indistintamente por el solo hecho de ser objeto de una sanción.

Como punto de reflexión entre las diferentes concepciones doctrinales, de una parte, Kelsen observa que se es sujeto de derecho internacional solo por el hecho de ser destinatario directo de derechos y obligaciones internacionales, siendo el individuo responsable en caso de violar una norma internacional cuando ésta le es oponible; y, de otra parte, Wilhelm Wengler considera que es sujeto de derecho internacional el responsable de la violación de una norma, es decir, todo ente que se encuentra de alguna manera vinculado a la sanción recibida⁴⁸⁵, y pudiendo serlo, como hemos enunciado, el Estado y el individuo en última instancia.

En cuanto al primer punto, la evolución del derecho internacional penal a partir del último siglo, constatado a través de los tratados internacionales de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, así como la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales de Nüremberg y Tokio, de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, han contribuido a asentar la tesis de que el individuo es un sujeto de derecho internacional, aunque con las limitaciones que lo caracterizan, condicionando su

⁴⁸⁴ Wengler, Wilhelm, “Der Begriff des Völkerrechtssubjektes im Lichte der politischen Gegenwart”, en *Die Friedens-Warte*, vol. 51, n. 2, 1951-1952, pp. 113-142 (113 y ss.).

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 125.

accionar en el campo del derecho internacional penal únicamente cuando incumple sus obligaciones internacionales frente al derecho internacional humanitario y los derechos humanos fundamentales, concretamente la obligación de no cometer crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad⁴⁸⁶.

En cuanto al segundo punto, la imposición de una sanción a un individuo acusado de cometer una violación a una norma imperativa de derecho internacional general como puede ser la prohibición de cometer los crímenes señalados también lo hace merecedor de subjetividad internacional, porque la conducta es regulada por una norma internacional y sancionada generalmente por tribunales internacionales - como veremos en lo sucesivo -, no obstante que son los tribunales domésticos los órganos principales llamados a hacer efectiva la persecución y sanción.

Es cierto que el establecimiento de una sanción es un simple hecho coercitivo, como señala el destacado jurista Julio Barberis, impuesta al margen de su voluntad por una autoridad competente⁴⁸⁷, separando la regulación de la conducta de la sanción empleada. Pero es evidente que la imposición de una sanción deriva de la imposición de una obligación previa, precedida a su vez de derechos, estamos hablando entonces de una conexión jurídica entre la regulación de la conducta y la aplicación de la sanción sobrevenida de la violación de una obligación internacional. Por lo tanto, a nuestro juicio, la teoría de Wilhelm Wengler contrasta con la realidad, porque la imposición de la sanción subyace en la violación de la norma, es decir, en una regulación de la conducta previa.

Por otro lado, está la cuestión de quiénes son destinatarios directos de una norma y de quiénes la responsabilidad recae por la norma violada. Por ejemplo, el derecho internacional humanitario prevé un conjunto de normas conducentes a la protección de las personas civiles y la población civil frente a ciertos ataques indiscriminados durante el conflicto armado. Dichas normas destacan claramente que son responsables los individuos cuando las violan, y por otro lado, los Estados son responsables de velar por su cumplimiento. En este caso, tanto el individuo como el Estado son directamente

⁴⁸⁶Clapham, Andrew, "The Role of the Individual in International Law", en *EJIL*, vol. 21, n. 1, 2010, pp. 25-30 (27).

⁴⁸⁷ Barberis, Juli A., *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 24.

responsables de cumplir con la aplicación de la norma. Así, los aliados en la Segunda Guerra mundial impusieron sanciones a las potencias del Eje por incumplir con las obligaciones emanadas de los tratados de derecho internacional humanitario y el derecho internacional general frente a sus adversarios en la guerra, y por otro lado, los tribunales internacionales creados para juzgar a los responsables de las potencias del Eje condenaron a los responsables de cometer crímenes internacionales sobre todo frente a la población judía en Alemania.

En consecuencia, en el caso específico del derecho internacional humanitario, una violación del derecho de la guerra constituye un hecho ilícito internacional recayendo la responsabilidad sobre el autor del delito: en primer lugar el individuo, porque es quien actúa en nombre del Estado, o por cuenta propia, y ha infringido directamente la norma; en segundo lugar, el Estado, pues en él recae el compromiso de velar por el cumplimiento de las normas prescritas en los tratados sobre derecho internacional humanitario. La responsabilidad del Estado es a modo subsidiario, lo que parece desprenderse de la jurisprudencia del Tribunal de Nüremberg, cuando señala al Estado como un sujeto abstracto, por lo que no puede ser responsable penalmente: sólo los individuos pueden serlo en la medida que son ellos quienes cometen los crímenes directamente⁴⁸⁸.

Actualmente es un hecho que el individuo es un sujeto pasivo de derecho internacional, y la misma evolución del derecho internacional penal es la que está conduciendo inclusive a confirmar aún más esa teoría, impulsando la descentralización de la responsabilidad internacional penal del individuo, que va compenetrando la aplicación de la norma internacional al derecho interno de los Estados, creando instituciones jurídicas que avalan su posición dentro del conjunto de los sujetos de derecho internacional. Es precisamente esta aptitud del individuo de infringir normas internacionales de un derecho positivo regulador el que lo posiciona como sujeto de derecho internacional, siempre de alcance limitado según los presupuestos señalados, que podría ir en aumento en la medida en que el derecho internacional continúe pasando por un periodo de transición hacia el respeto a la persona humana como su principal

⁴⁸⁸ Anuario de la CDI, 53º período de sesiones, abril-agosto, 2001, Doc. Oficial..., *loc. cit. supra* en nota 480, p. 300.

accionar⁴⁸⁹.

II. Responsabilidad internacional penal del individuo y la responsabilidad internacional del Estado: el crimen internacional

Hemos apuntado que los individuos pueden ser responsables internacional y penalmente por la comisión de violaciones de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general, calificadas como crímenes internacionales. Por el contrario, se da por entendido que el Estado no puede ser penalizado internacionalmente y que en lugar de cometer crímenes internacionales es infractor de hechos ilícitos internacionales, reservando por tanto el derecho internacional el concepto de crímenes internacionales únicamente para los individuos.

Esta idea ha sido reforzada por el señalado dictamen del Tribunal de Nüremberg, según el cual el Estado como ente abstracto no puede ser penalizado internacionalmente debido a que son los individuos quienes cometen esos crímenes⁴⁹⁰. Se ha llegado a esta conclusión bajo el entendido de al llevarse a cabo un juicio penal se ha de identificar con claridad quién o quiénes han participado en los actos delictivos catalogados como crímenes, imposibilitando de esta manera que el Estado, al conformarlo un todo – conjunto de toda una población de individuos – pueda ser llevado a un juicio penal, máxime cuando los jueces están llamados a imponer penas restrictivas de libertad a quienes encuentran culpables.

Por lo tanto, el Estado sólo podría ser sancionado, y la forma de resarcir su responsabilidad es por medio de reparación. Pero hay una tendencia entre los escritores a indicar que en el contexto de la responsabilidad internacional del Estado, también éstos cometen crímenes internacionales sobre todo cuando dicha terminología es analizada desde la óptica de las obligaciones de *ius cogens*.

Al respecto, el artículo 19 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados aprobado por la CDI en primera lectura reconoció la

⁴⁸⁹ Eustathiades, Constantin, “Les Sujets du Droit International et la Responsabilité Internationale – Nouvelles Tendances”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 84, 1953, pp. 605-614.

⁴⁹⁰ United States Government Printing Office, *Nazi Conspiracy and Aggression Opinion and Judgment*, United States Government Printing Office, Washington, D. C., 1947, p. 53.

responsabilidad internacional del Estado vista desde dos perspectivas diferentes: por un lado, las obligaciones cuyo cumplimiento es de vital importancia para la comunidad internacional en su conjunto y cuya regulación constituye crímenes internacionales; y por otro lado, pero a modo de una subcategoría, las obligaciones de carácter general menos graves cuya regulación da lugar a simples delitos internacionales⁴⁹¹.

En 1986 la CDI continuaba hablando tácitamente de crímenes internacionales en el referido artículo 19 del Proyecto, y así pasó con el Proyecto de 1996, haciendo la misma distinción, manteniendo invariable las dos clasificaciones señaladas⁴⁹², pese a que apuntaba la discrepancia de algunos miembros en cuanto a mantener el concepto de crimen internacional para los delitos más graves en ese entonces, por lo que preveía la posibilidad de sustituirlo por el término delito⁴⁹³.

En esa misma línea, la CDI en su sexto informe sobre el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 abordó la doble incriminación de los supuestos en los cuales se es responsable por la comisión de crímenes internacionales. En ese sentido, aparte de hacer el señalamiento enunciado en la jurisprudencia del Tribunal de Nüremberg sobre la responsabilidad del individuo y lo referente al Estado como ente abstracto, también hizo hincapié en la responsabilidad del Estado por el comportamiento de sus órganos, y que por tanto le son atribuibles; ello de acuerdo al artículo 4 de dicho Proyecto⁴⁹⁴.

No obstante, en el año 2001, con la dirección de James Crawford, la CDI borró de sus memorias el concepto de crimen internacional aplicado a la responsabilidad internacional del Estado, no obstante estar deambulando por algunos artículos parafraseando su contenido y finalmente reincorporándolo bajo la terminología *violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho*

⁴⁹¹ Doc. A/31/10, A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones (del 3 de mayo al 23 de julio de 1976), vol. II, parte II, pp. 73, 95 y ss.

⁴⁹² Doc. A/51/10, (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Suplemento 10, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones (del 6 de mayo al 26 de julio de 1996), vol. II, parte II, comentarios del artículo 51 sobre consecuencias del crimen internacional del Proyecto de Artículos, p. 78.

⁴⁹³ *Ibidem*, comentarios del párrafo 3 del artículo 40 sobre Estado lesionado del Proyecto de Artículos, p. 69.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

internacional general. En ese sentido, el artículo 19 que tanto había discutido la CDI fue colocado ahora como artículo 40 del Proyecto finalmente aprobado. En su análisis, el organismo entendió que las sanciones impuestas al Estado carecen de carácter punitivo, reservando el derecho internacional esta connotación semántica sólo a los individuos como ya había reconocido el Tribunal de Nüremberg⁴⁹⁵.

La CDI aludió también al hecho de que ni Alemania ni Japón fueron tratados como criminales por los instrumentos de creación de los tribunales de Nüremberg y Tokio⁴⁹⁶, y rescató la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Blaskic*⁴⁹⁷ refiriéndose a la imposibilidad de los Estados de ser sancionados penalmente, siendo su función procesar individuos; asimismo, se suma el razonamiento que dentro de las limitaciones de la jurisdicción de la CPI está la idea de sólo poder procesar personas físicas, no Estados. Fueron estos los argumentos esgrimidos por la CDI para excluir taxativamente el concepto de crimen internacional y su aplicación a los Estrados.

Cabe afirmar que no es un problema de conceptualización sino de utilización de terminología. Al respecto, Allain Pellet había defendido el análisis según el cual el concepto de crimen internacional era indispensable para distinguirlo de los delitos comunes. En primer lugar el citado autor defendía su tesis bajo el argumento de que en un delito común sólo el Estado lesionado tiene derecho absoluto para reclamar responsabilidad por ese hecho, mientras tanto en un crimen internacional la ofensa es contra la comunidad internacional en su conjunto, pudiendo todos dirigir la correspondiente reclamación; y en segundo lugar, reafirmaba el uso de la noción de crimen como una necesidad conceptual donde se reclama transparencia en el sentido de no ser solamente responsable el Estado que lo comete, sino también las personas físicas que organizaron, planificaron, incitaron y cometieron el crimen⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones (23 de abril al 1 de junio y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001), vol. II, parte II, pp. 110 y ss.

⁴⁹⁶ United Nations, *Charter of the International Military Tribunal, Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis*, annex, United Nations, Treaty Series, vol. 82, n. 251, p. 279, arts. 9 and 10. Ver también Abi Saab, Georges, "The Uses of Article 19", en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 339-351 (351).

⁴⁹⁷ *Prosecutor v. Blaski*, (IT-95-14-AR) 108 bis, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Appeals Chamber, Judgement 29 October 1997, pars. 21 and 25.

⁴⁹⁸ Pellet, Alain, "Can a State Commit a Crime? Definitely, yes", en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 425-434 (432).

Las razones señaladas por Pellet van en consonancia con una radicalización de la responsabilidad internacional penal, y de que el Estado pueda ser tratado de la misma manera⁴⁹⁹ cuando sus ciudadanos ejercen la función de órganos del Estado. Pero al momento de establecer la correspondiente sanción penal carece de sentido lógico, más bien estaríamos hablando de una especie de responsabilidad civil la que haga la función de reparación o compensación como había manifestado Estados Unidos⁵⁰⁰.

Por estas razones, mantener la distinción entre crímenes y delitos daría a entender que estamos no ya haciendo referencia a la responsabilidad internacional del Estado sino a la distinción que hace el derecho interno entre ambos conceptos, donde es lo habitual, en comparación con la práctica internacional; esto pese a la importancia de establecer la diferencia; sin embargo, precisamente de ello ha venido su rechazo⁵⁰¹.

Además de que ello traería consecuencias jurídicas importantes desde el punto de vista subjetivo como determinar el grado de daño, culpa o atribución de la conducta, los cuales son propios también del derecho interno de los Estados. Recordemos asimismo la lectura del artículo 19 cuyo planteamiento no señala ningún elemento a tomar en cuenta para estatuir sobre una violación grave, por esta razón James Crawford adelanta la falta de un principio o presunción avalando tan sólo la culpa para dirimir sobre una norma general, en este caso, la responsabilidad internacional del Estado por hechos considerados crímenes internacionales, lo que hace su dependencia en este sentido de la interpretación de la norma indicada a la luz de su objeto y fin, sobre todo debido a lo abstracto e impreciso del citado artículo⁵⁰².

En nuestra opinión, no existe otra manera distinta de mayor peso moral para designar ciertos comportamientos reprobables de los Estado como crímenes internacionales, pero

⁴⁹⁹ Según Marco Monroy, un Estado criminal es inclusive más peligroso que un individuo, puesto que los demás Estados para forzar a resarcir el crimen causado pueden llegar a ocuparlo militarmente, trasladar su población, destruir sus infraestructuras, imponerle sanciones económicas y hasta sustraer sus activos. Vid. Monroy Carba, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, 5ta. edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2002, p. 520.

⁵⁰⁰ Documento Asamblea General de la ONU, A/CN.4/488, 25 de marzo de 1998, p. 53

⁵⁰¹ Abi Saab, Georges, "The Uses of Article 19", *loc. cit. supra* en nota 496, p. 344.

⁵⁰² Crawford, James, "Revising the Draft Articles on States Responsibility", en *EJIL*, vol. 10, n 2, 1999, pp. 435-460 (438). Vid. también Dominicé, Chirstian, "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 353-363 (360-361).

dejar a un lado este tipo de tipificación podría significar una involución del derecho internacional general como así apunta George Abi Saab⁵⁰³. En tanto, ahora resulta inadecuado hablar de la responsabilidad internacional penal del Estado, toda vez que como han apuntado la mayoría de los Estados antes señalados, se han dado pasos tendientes a perseguir a los individuos responsables directos de esos crímenes a quienes sí se puede penar, es decir, encerrar y apartar del conjunto de la sociedad por atentar gravemente contra la dignidad de la persona humana.

Asimismo, es el papel desempeñado por el Consejo de Seguridad tomando como fundamento las atribuciones establecidas en el Capítulo 7 de la Carta, el que ha contribuido a impulsar toda una cultura para tratar únicamente a los individuos como los únicos responsables penalmente de los crímenes internacionales, sin menoscabar la responsabilidad internacional que el Estado pueda tener en estos casos. Así lo han determinado el TPIY y el TPIR, creados por el propio Consejo de Seguridad, y la CPI que busca los mismos fines.

III. Concepto de responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones de normas de derecho internacional humanitario por extensión a los conflictos armados internos

Se puede definir la responsabilidad internacional penal del individuo como aquella que resulta de violaciones de normas de derecho internacional humanitario y de violaciones sistemáticas o generalizadas del derecho internacional de los derechos humanos. Sólo trataremos aquí la responsabilidad proveniente de violaciones graves de normas de derecho internacional humanitario perpetradas en los conflictos armados internos.

El concepto de responsabilidad internacional penal del individuo puede remontarse a 1945 cuando el Tribunal de Núremberg afirmó “que son los hombres y no las entidades abstractas, quienes cometen los crímenes, cuya represión se impone como sanción del derecho internacional”⁵⁰⁴. De esta manera se hizo patente que el individuo puede ser responsable por la comisión de crímenes internacionales conocidos antiguamente como

⁵⁰³ Abi Saab, Georges, “The Uses of Article 19”, *loc. cit. supra* en nota 496, p. 351.

⁵⁰⁴ Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 495, pp. 111.

ofensas contra las leyes de la humanidad en el Tratado de Versalles de 1919⁵⁰⁵.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, las potencia vencedoras decidieron establecer los tribunales de Nüremberg y Tokio para juzgar a los altos jefes responsables de las atrocidades cometidas contra el *derecho de gentes*, así como condenar el genocidio cometido por la Alemania Nazi contra los judíos, particularmente con la aprobación de la Resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948 de la Asamblea General de la ONU que incorporaba la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Para entonces todos los Estados miembros condenaron el genocidio, por lo que nadie dudaba de que fuera una norma *ius cogens* con o sin tratado internacional.

Dicho concepto se institucionalizó con la aprobación por el Consejo de Seguridad de las resoluciones S/RES/808, de 22 de febrero de 1993, y S/RES/827, de 25 de mayo de 1993 que crearon el TPIY, cuyo Estatuto establecía claramente su competencia para juzgar a los responsables de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, de los usos y costumbres de la guerra, el genocidio y crímenes contra la humanidad durante el conflicto armado en la antigua Yugoslavia a partir de su establecimiento. Esto significó que el concepto de responsabilidad internacional penal del individuo ya no partía únicamente de una convención preexistente sino también de la costumbre internacional; de ahí su relación estrecha, en la que pueden existir al mismo tiempo y de forma simultánea⁵⁰⁶.

Sin embargo, este concepto todavía no había sido aplicado en los conflictos armados internos, debido fundamentalmente a la Guerra Fría, la cual impedía inclusive lograr la institucionalización de la responsabilidad internacional penal del individuo de la manera más aceptada por las naciones civilizadas del mundo, menos aún cuando dicho concepto fuese aplicado en los conflictos que afectaban directamente a la soberanía del Estado.

⁵⁰⁵ El Tratado de Versalles fue suscrito el 28 de junio de 1919 en Francia por las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial, es decir Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Italia y Japón, con la intención de crear una comisión para juzgar a los responsables de las ofensas cometidas por la Alemania del Emperador Guillermo II, el Káiser, cuyo artículo 227 disponía también la creación de un tribunal para procesarlo; situación que no se dio porque Holanda, lugar donde se refugiaba el Káiser nunca quiso entregarlo en extradición a ningunos de los Estados que suscribieron el tratado. Véase Yáñez Barnuevo, Juan A., “Hacia un Tribunal de la Humanidad”, *loc. cit. supra* en nota 475, pp. 814-815; Carrillo Córdoba, Ana M. y Pérez Gil, Luis V., “Consideraciones Acerca del Instrumento...”, *loc. cit. supra* en nota 473, pp. 222.

⁵⁰⁶ Blanc Altemir, Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, España, Bosch, Casa Editorial, 1990, pp. 174-180.

En ese sentido hubo que esperar, como también en el caso del conflicto armado en la antigua Yugoslavia, el fin de la Guerra Fría, y con ello el estallido de otro conflicto armado, el de Ruanda en 1994.

En 1994, durante el conflicto armado en Ruanda, el Consejo de Seguridad, mirando con preocupación los acontecimientos ocurridos, aprueba la Resolución S/RES/955, de 8 de noviembre de 1994, instituyendo el TPIR, el cual sustentará que también en los conflictos armados internos el individuo podía ser responsable de cometer crímenes internacionales. Es decir, es el TPIR el que en un conflicto considerado puramente interno hace efectiva la conceptualización de la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, de los usos y costumbres de la guerra, de la comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad.

En el caso *Kayishema y Ruzindana*, personas acusadas de herir y asesinar mujeres, hombres y niños en la Ciudad de Kibuye, concretamente en la Iglesia Católica de San Juan y en el Estadio de la Ciudad, el 16 y 19 de abril de 1994 respectivamente, se dieron a conocer los criterios que definen la responsabilidad internacional penal del individuo en un conflicto armado interno. El TPIR estableció los requisitos para la existencia de dicha responsabilidad por violación del artículo 3 común y del Protocolo II de acuerdo a su objeto y fin, tomando como argumento las aportaciones hechas por el CICR en los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática Internacional encargada de elaborar y aprobar los Convenios de Ginebra de 1949, entre el 21 de abril y el 12 de agosto, en Ginebra, Suiza. Según el Tribunal, un acto se considera violatorio al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II cuando en primer lugar se trata de un conflicto armado interno, en segundo lugar siempre que haya un vínculo entre el acusado y las fuerzas armadas, en tercer lugar que los delitos sean cometidos *ratione loci* y *ratione personae* de acuerdo a la jurisdicción del tribunal, y en cuarto lugar, que haya conexión entre el delito y el conflicto armado⁵⁰⁷.

A pesar de ello, todavía el derecho internacional carecía de un instrumento internacional vinculante que estableciera un concepto acabado claramente definido por medio del cual la responsabilidad internacional penal del individuo tanto en conflictos armados

⁵⁰⁷ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, (ICTR.951-T), Trial Chamber II, Judgement 21 May 1999, pp. 65-69, pars. 159 y ss. y 169-171.

internacionales como internos no se circunscribiera a una situación específica en el tiempo. Fue así hasta que el 17 de julio de 2008 en Roma se aprobó la creación de la CPI con competencia para juzgar a los responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional, recogidos en los Convenios de Ginebras de 1949 y sus protocolos adicionales, así como los crímenes contra la humanidad, genocidio y agresión.

Por otra parte, la adopción y puesta en práctica del concepto de responsabilidad internacional penal por violaciones de normas de derecho internacional humanitario en los conflictos armados claramente internos es, pues, relativamente nuevo y obedeció principalmente a un hecho coyuntural y trascendental, el conflicto armado en Ruanda en 1994. Pero la intención de adoptar medidas tendientes a perseguir, castigar y prevenir ciertos hechos que atentan contra los intereses esenciales de la humanidad en los conflictos armados internos había estado en estudio desde la Segunda Posguerra, propiciado concretamente por las consecuencias de las guerras internas en los países influenciados por el desarrollo de la Guerra Fría, que, a falta de un enfrentamiento bélico a escala mundial, sí fue impulsora de grandes cambios políticos y sociales sobre todo en los países del Tercer Mundo o subdesarrollados a expensas del dominio político de las grandes potencias.

Sin embargo, por incluir temas que tocaban la soberanía del Estado, la adopción del concepto de responsabilidad internacional penal del individuo aplicado en los conflictos armados internos tuvo que abrirse camino de manera lenta, casi siempre unido a la determinación de la propia existencia de estos tipos de conflictos conjuntamente con la protección de las víctimas, pues, como hemos apuntado, constituía una prioridad debido a su incremento en la época de la Guerra Fría, apresurando por tanto una mayor regulación. En ese sentido, podemos clasificar en dos períodos los estudios realizados con ese fin: en primer lugar en la Segunda Posguerra, y en segundo lugar dentro del contorno del desarrollo de la Guerra Fría.

Así pues, en la Segunda Posguerra, el principal promotor o impulsor de regular ciertas conductas en los conflictos armados internos tendientes a desarrollar normas que conllevaran cristalizar la responsabilidad internacional penal del individuo en los conflictos armados internos fue el CICR, el cual propuso a los Estados participantes en

la Conferencia del 21 de abril al 12 de agosto de 1949 destinada a la elaboración y aprobación de los Convenios de Ginebra, que los mismos alcanzaran su aplicabilidad en los conflictos armados internos. Sin embargo, dichos Estados tan sólo incluyeron un artículo, el 3 común, referente a la regulación de los conflictos armados internos, que aunque deja estéril una definición de ellos, sí enumera una serie de actos prohibidos durante el desarrollo de las hostilidades.

De esta manera, la adopción del concepto en la Segunda Posguerra tan sólo se podía circunscribir dentro del marco del conocido artículo 3 común, el cual marcó el centro de toda interpretación dirigido a descubrir la manera de cómo el individuo podía ser responsable internacionalmente de acuerdo a ese artículo. Así, el desarrollo de la Guerra Fría, la cual repercutía en muchos de los conflictos armados internos de la época, demostraba que la regulación de los conflictos armados internos basada en el artículo 3 común no establecía un concepto bien acabado sobre la responsabilidad internacional penal del individuo – si bien no lo establecía literalmente había que deducirlo –, por lo que se debió adecuarse la regulación al momento reinante de entonces.

Fue por ello que se adoptaron medidas congruentes, y no sólo para reafirmar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, sino también para prescribir la responsabilidad penal individuo por las infracciones cometidas durante el conflicto armado, responsable inclusive por violar ciertas normas pertenecientes al *ius cogens* internacional. Lo anterior se logró con la adopción del Protocolo Adicional II de 1977 relativo como ya se conoce a la protección de las víctimas en los conflictos armados de carácter interno, propiciado en gran parte por el CICR⁵⁰⁸.

En efecto, una vez aprobado el Protocolo Adicional II, complemento y desarrollo del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, habría que esperar la puesta en práctica de lo acordado en los respectivos Estados signatarios. Con la adopción de estas normas internacionales aplicables en los conflictos armados internos se dio inicio al derecho internacional penal aplicado en esos tipos de conflictos y con ello a la

⁵⁰⁸ Véase entre otras cosas algunas consideraciones sobre el papel desempeñado por el CICR en los trabajos preparatorios durante la preparación de la Conferencia Diplomática de 1974-1977, cuyo interés deviene de su derecho a intervenir en misiones humanitarias para la protección de las víctimas de la guerra de acuerdo a su reglamento. Vid. Abi-Saab, Rosemary, *Droit Humanitaire et Conflits Internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-Dunat, Genève, París, Edi. A. Pedone, 1986, pp. 91-92.

institucionalización de la responsabilidad internacional penal del individuo también en esos escenarios. Serían los tribunales nacionales los responsables de adoptar el concepto de responsabilidad internacional penal del individuo cuando éste violara alguna norma internacional transpuesta a la legislación interna.

Asimismo, en el ámbito internacional, serían los tribunales internacionales *ad hoc* los que se encargarían de adoptar dicha responsabilidad por violación de algunas de las normas internacionales contenidas tanto en el artículo 3 común como en el Protocolo Adicional II, es decir, que pusiera en práctica el concepto de responsabilidad internacional penal del individuo por violación del derecho internacional penal cuando los tribunales domésticos no pudieran o no hubieran querido poner en ejecución las normas en cuestión.

Llegados a este punto es necesario destacar que el derecho internacional humanitario, concretamente lo referido tanto al artículo 3 común como al Protocolo Adicional II, carece de algún señalamiento sobre la puesta en ejecución de un tribunal internacional que hiciera valer la aplicabilidad de las normas, pues tan sólo especifica que los acusados deben ser procesados por un tribunal independiente e imparcial con todas las garantías del debido proceso. Sin embargo, la institución de los tribunales de Núremberg y Tokio en la Segunda Posguerra puso en evidencia la necesidad de sancionar a los crímenes internacionales sin la existencia de un tribunal previo creado para eso fines, sino a la tipificación de los delitos, como consecuencia de un derecho internacional consuetudinario que ya lo venía poniendo de manifiesto desde hacía más de un siglo, sobre todo cuando se cometen crímenes que atentan gravemente contra los intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Son, pues, la costumbre internacional y el sentir de las naciones civilizadas las razones encargadas de determinar la forma de proceder, especialmente cuando percibe la inacción de los tribunales domésticos para juzgar a los responsables de estas violaciones.

Fue en ese sentido cuando el Consejo de Seguridad creó el TIPY y el TIPR, los cuales reafirman la adopción internacional del concepto de responsabilidad internacional penal del individuo; siendo dichos tribunales los que terminarían de ponerla en práctica. Pero fue muy especialmente el TPIR el encargado de juzgar a individuos acusados de cometer violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, concretamente las

normas que contienen el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, durante un conflicto considerado puramente interno el desencadenado en Ruanda en 1994.

1. La persecución internacional del individuo por crímenes internacionales cometidos en los conflictos armados internos de acuerdo a la costumbre internacional

La persecución internacional penal del individuo por la perpetración de crímenes internacionales nunca fue tan práctica como ocurre ahora en nuestros, muy por el contrario, el siglo XX, época de grandes conflictos armados y por tanto de graves sufrimientos causados a las personas civiles, se encontró con importantes obstáculos para hacer efectiva la persecución. La clave de este vacío jurídico se inscribe en la falta de un derecho positivo en que sustentarla. Constituyó entonces la costumbre internacional la fórmula permitida para hacerla valer.

La costumbre internacional representó, en efecto, la principal fuente para perseguir a los culpables de violaciones del *derecho de gentes*, sin contar todavía con un sólido instrumento de derecho internacional humanitario sobre conducción de las hostilidades que prohibiera ciertas conductas especialmente en los conflictos armados internos. En este sentido, y teniendo como referencia un marco histórico general, fue en la Edad Media, en Baviera (Alemania), cuando se llevó a cabo el primer acto de condena por un tribunal estatal contra el duque de Suabia Conradin von Hohenstafen, en el año 1268, por iniciar una guerra injusta y causar pérdidas humanas⁵⁰⁹. Más tarde, en 1350, otro tribunal inglés juzgó al escocés Willian Wallace por sublevarse contra su señor feudal, especialmente por cometer crímenes de guerra con su política de exterminio contra la población inglesa⁵¹⁰. Ello indica que ya en los siglos XIII y XIV se estaban dando las circunstancias para perseguir a quienes cometieran crímenes internacionales como los conocemos actualmente. No obstante, en esa ocasión todavía era impensable que un Estado iniciara un proceso por crímenes considerados internacionales contra un nacional suyo o de otro Estado, pero constituyó el nacimiento de la costumbre internacional de reprochar y condenar ciertas conductas contra el *derecho de gentes*.

Efectivamente, estos juicios se llevaron a cabo sin contar todavía con una norma

⁵⁰⁹ Bassiouni, M. Cherif, *Derecho Penal Internacional...*, loc. cit. supra en nota 465, pp. 60-61

⁵¹⁰ Schwarzenberger, Georg, "Judgment of Nüremberg", en *Tulane Law Review*, vol. XXI, n. 3, 1947, pp. 329-361 (330).

internacional que sirviera de referencia a la persecución internacional penal del individuo por violación de normas que protegieran a las personas civiles en los conflictos armados internos. No fue hasta los siglos XIX y XX cuando se comenzaron a conocer los primeros instrumentos tendientes a tipificar ciertas conductas reprochables durante un conflicto armado interno, en paralelo a la adopción de normas sobre conducción de las hostilidades en los conflictos armados internacionales. Situación que en principio nos obliga a poner énfasis en el desarrollo de las normas internacionales sobre derecho internacional humanitario.

El principal hecho histórico es la Guerra de Secesión Estadounidense (1861-1865)⁵¹¹, donde las personas civiles y los bienes de carácter civil gozaron de una protección especial durante las hostilidades, y así se estableció en el artículo 44 del Código Lieber, proclamado por el presidente estadounidense Abraham Lincoln el 24 de abril de 1863⁵¹². En varios apartados el Código Lieber se amparaba en el derecho natural y el *derecho de gentes* para proclamar la prohibición de ciertas conductas, así como en las leyes y costumbres de la guerra que el derecho internacional no había codificado todavía en instrumentos internacionales. Siendo la primera vez en 1864, en Ginebra, cuando se adoptó el primer Convenio para aliviar la suerte de los heridos y enfermos en campaña, que a su vez dio origen al derecho internacional de los conflictos armados, señaladamente los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.

Una vez adoptados los Convenios señalados, a nivel teórico se contaba ya con un marco de referencia que se pudiera aplicar durante un conflicto armado interno, pero el derecho internacional humanitario codificado estaba lejos de ser aplicado en esa categoría de conflictos, pues sus normas fueron diseñadas para regular los conflictos

⁵¹¹ Vid. Keegan, Jhon, *Secesión: La Guerra Civil Americana*, Turner Noema, Madrid, 2011, pp. 23 y ss., traducción de su original: *The American Civil War. A Military History*, por José Adrián Vitier, 2001; Guerrero Yoacham, Cristián y Guerrero Lira, Cristián, *Breve Historia de los Estados Unidos de América*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1998, pp. 132-133; Cantero García, Carmen y Gayoso Pardo, Miguel, *Estados Unidos, de la Independencia a la Primera Guerra Mundial*, Akal, Madrid, 1988, pp. 29-31; Sobre el tema de la esclavitud y su abolición véase Crew, Spencer; Newby-Alexander, Cassandra; Greene Medford, Edna and others, *Race, Slavery and the Civil War: The Tough Stuff of American History and Memory*, Amanda Kleintop James Oliver Horton (ed.), Virginia Sesquicentennial of American Civil War Commission, Richmond, Virginia, 2011; Vorenberg, Michael, *Final Freedom: The Civil War, the Abolition of Slavery, and the Thirteenth Amendment*, Cambridge University Press, United States of America, 2001; Freehling, William W., *The Reintegration of American History: Slavery and the Civil War*, Oxford University Press, New York, 1994.

⁵¹² Petit de Gabriel, Eulalia W., *Las Exigencias de Humanidad en el Derecho Internacional Tradicional, 1789 – 1939: el marc..., loc. cit. supra* en nota 378, pp. 139-142; Véase el Código Lieber en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1158/4.pdf>, fecha de consulta 01 de Mayo de 2013.

armados internacionales. Hasta entonces estas normas se podrían aplicar en los conflictos armados internos siempre y cuando el Estado tomara la iniciativa a título propio, no obstante el carácter consuetudinario de algunas de ellas, como la prohibición de bombardear ciudades y bienes de carácter civil según se anotó en el Código Lieber. En cualquier caso, la persecución internacional penal del individuo en un conflicto armado interno gradualmente se fue haciendo una realidad. Como por ejemplo, en la Primera Posguerra de 1918 los Estados vencedores, es decir, Francia, el Reino Unido, los Estados Unidos, Italia y Japón quisieron juzgar al ex emperador alemán Guillermo II (el Káiser)⁵¹³ por ofensas contra las leyes de la humanidad; situación que no fue posible porque Holanda, Estado donde se refugió, no quiso entregarlo en extradición por alegada falta de tipificación internacional del crimen y por discrepancias entre los aliados⁵¹⁴.

Además, en el transcurso del siglo XX la protección de las personas civiles en los conflictos armados internos estuvo condicionada primero al desarrollo de las normas aplicadas en los conflictos armados internacionales. Ello fue así porque la soberanía del Estado siempre constituyó el principal factor por el cual estas normas que protegían a las personas civiles durante la guerra no tenían tanta relevancia como las que si protegían a los combatientes, quienes ocupaban los primeros lugares en la escala protectora, quedando las personas civiles relegadas a un segundo plano.

La situación cambió con la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949. Entonces, la costumbre internacional de codificar las leyes de la guerra y de adoptar normas que pudieran dar lugar a perseguir a los infractores quedaron plasmadas en estos Convenios. En tal sentido, el concepto de responsabilidad internacional penal del individuo había sido puesto de relieve para ser aplicado cuando se violasen algunas de sus normas. A la sazón, los Estados quedaron comprometidos y asumieron la responsabilidad de

⁵¹³ Carrillo Córdoba, Ana M. y Pérez Gil, Luis V., “Consideraciones Acerca del Instrumento...”, *loc. cit. supra* en nota 473, p. 222; véase también, Yáñez Barnuevo, Juan A., “La conferencia de Roma y el estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas”, en: *Creación de una Jurisdicción Penal*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 17-28 (812); Uríos Moliner, Santiago, “Antecedentes Históricos de la Corte Penal...”, *loc. cit. supra* en nota 469, pp. 26-27. Es por tanto ésta la primera vez, desde que existían normas referentes a la conducción de las hostilidades, que se intentó juzgar a un responsable, por lo que marcó el punto de partida para institucionalizar la subjetividad pasiva del individuo, es decir, su responsabilidad directa por comisión de crímenes internacionales.

⁵¹⁴ Espaliú Berdu, Carlos, “Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Público*, Huygens, Barcelona, Segunda Edic. 2010, pp. 435-443 (436).

persecución de los crímenes internacionales, pero nunca fue efectivo como se reconocerá en lo sucesivo. Concretamente en el plano interno, fue el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 el que permitió a las Partes optar por la aplicabilidad totalidad o parcial de las demás disposiciones de los Convenios, evidentemente sin obligarse en principio respecto a la responsabilidad penal derivada de su incumplimiento.

En 1948, tres años después del fin de la Segunda Guerra Mundial y tras condenar enérgicamente el genocidio cometido por los Nazis contra los judíos de los lugares invadidos por las fuerzas alemanas, La Asamblea General de las Naciones Unidas enfatizó que el genocidio era un crimen de derecho internacional que traía como consecuencia la responsabilidad internacional penal de sus autores⁵¹⁵. Y, es el genocidio la manera más abominable de violar el *derecho de gentes* respecto de las normas que protegen a las personas civiles en un conflicto armado internacional o interno.

Paralelamente a este proceso, los tribunales de Nüremberg y Tokio de 1945 y 1946 hicieron efectiva esa responsabilidad internacional, pasando a ser la primera vez que la costumbre internacional de reprochar y condenar una conducta contraria al *derecho de gentes* se hiciera efectiva. Le siguieron luego los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda, y finalmente la CPI actual fundada en 1998 y en función desde 2002.

En consecuencia, los Estados hacen extrapolable el concepto de responsabilidad internacional penal en el derecho doméstico, pasando también a ser parte de él. Es entonces el derecho doméstico el encargado de legislar para crear leyes que protejan a las personas civiles con arreglo a la costumbre internacional que subyace. Los Estados pueden entonces realizar cambios en la norma, pero nunca apartarse de su esencia, porque va condicionada a las políticas que pueda adoptar la comunidad internacional

⁵¹⁵ Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la ONU, del 11 de diciembre de 1946. Esta Resolución es conocida porque confirma los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, y porque sirvió de fundamento para la elaboración de un Código General de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, o Código Criminal Internacional, a cargo de un Comité de Codificación de Derecho Internacional que más tarde sería adsorbido por la llamada Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI). La Resolución también llamaba a adoptar un convenio internacional contra el genocidio, el cual fue aprobado en 1948. Sobre el proceso de adopción véase Lippman, Matthew, "Genocide: the Crime of the Century. The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium", en *Houston Journal of International Law*, vol. 23, n. 3, 2001, pp. 467-535.

sobre la materia. Es a esta parte de la etapa evolutiva de la costumbre a la que podríamos llamar “flexibilidad o adaptabilidad de la norma”, porque permite ser modificada a lo largo del desarrollo del derecho internacional⁵¹⁶.

Por otro lado, aparte del genocidio, los demás delitos como los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra continuaron siendo traducidos al derecho interno de los Estados, tomando como fuente los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio, y enfatizando en la imprescriptibilidad de estos crímenes. Francia, por ejemplo, aprobó en 1964 la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad⁵¹⁷.

Por consiguiente, hoy en día no hay lugar a dudas de que el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra forman parte de los delitos por la que los individuos pueden ser acusados y condenados en consonancia con una práctica muy arraigada entre las naciones civilizadas y que forma parte del derecho internacional consuetudinario. Además, estos crímenes ocupan un primer orden jerárquico junto con los demás crímenes por lo que se sustenta la responsabilidad internacional penal del individuo.

2. Los tratados internacionales y la adopción de normas que protegen a las personas civiles y que penalizan al individuo infractor

Los tratados internacionales han sido los instrumentos o las principales fuentes del derecho positivo moderno, los cuales desarrollaron el concepto de responsabilidad internacional penal del individuo; son ellos quienes han catapultado al individuo como sujeto pasivo del derecho internacional penal. Lo anterior en la medida en que sólo los Estados eran conocidos como los sujetos clásicos de derecho internacional.

⁵¹⁶ Galiana Saura, Ángeles, “Crisis de la Capacidad Regulativa y Flexibilidad del Derecho, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 21, 2010, pp. 39-61; Wolff, Lutz-Christian, “Law and Flexibility – Rule of Law Limits of a Rhetorical Silver Bullet –”, en *The Journal Jurisprudence*, vol. 11, 2011, pp. 549-567; Conforti, Benedetto, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1993, pp. 116-117; Danilenko, Gennady M., “Application of Customary International Law to Municipal Law”, en *International Law and Municipal Law: proceeding of the German-Soviet Colloquy on International Law*, in Grigory I. Tunkin and Rüdiger Wolfrum (eds.), Duncker & Humblot, Berlin, Germany, 1988; pp. 13-23 (20-21).

⁵¹⁷ Laquieze, Alain, “Le debat de 1964 sur l’imprescriptibilité des crimes contre l’humanité”, en *Droits. Revue Française de Théorie de Philosophie et de Culture Juridique*, París, n. 31, 2000, pp. 19-40 (33). Véase también a Steiner, Henry J. y otros, *International Human Rights in Context. Law Politics Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1090. El 26 de febrero de 1968 (en vigor desde 1970) se adoptó la Convención Internacional para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

En efecto, mediante un conjunto de convenciones internacionales a finales del siglo XIX y principios del siglo XX se comenzaron a plasmar por escrito las diferentes formas de regular las hostilidades, dando inicio al derecho internacional humanitario. Dentro de los principales instrumentos, algunos ya señalados, se encuentran la Convención de Ginebra de 1864, concretamente sobre protección de los heridos y enfermos en campaña; la Declaración de San Petersburgo de 1868, que hace énfasis en la prohibición de ciertos proyectiles y ciertas conductas inhumanas que causan graves sufrimientos a las personas puestas fuera de combate; Declaración de Bruselas de 1874, instrumento originalmente presentado por Rusia, sobre los usos y costumbres de la guerra terrestre; los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 que incorporan los usos y costumbres de la guerra terrestre.

La mayoría de estas Convenciones no incluían normas que sancionaran directamente a los individuos, porque su principal objetivo consistía en limitar ciertos métodos y medios de combate, así como proteger a los heridos y enfermos en campaña. Por lo que el derecho de los conflictos armados respondía sólo por la protección de los heridos y enfermos en campaña, lo cual engloba únicamente a los combatientes caídos, víctimas de los enfrentamientos.

Sin embargo, la adopción de la Convención de Ginebra de 1906 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, puso atención en las violaciones de las normas, es decir, su penalización. Dicha Convención en su artículo 28 exhortaba a los Estados a perseguir y sancionar a los individuos que infligieran tratos inhumanos a los enfermos y heridos durante los combates.

En efecto, los heridos y enfermos en combates durante las hostilidades constituían el principal foco de atención a proteger, más no así las personas civiles, aunque con la prohibición y regulación de ciertos métodos en la conducción de las hostilidades estaba implícita esta pretensión. Durante la Guerra Civil Española (1936-1939) y la Primera Guerra Mundial se puso en evidencia el irrespeto de estas normas al evidenciarse que durante el conflicto se estaban bombardeando ciudades, a pesar de que los gobiernos de

ambos bandos tenían pleno conocimiento de estas prohibiciones⁵¹⁸.

Durante la Segunda Guerra Mundial, nuevamente las Partes en conflicto violaron la prohibición de bombardear ciudades, lo que provocó el doble número de muertes en comparación con las de la Primera Guerra Mundial, es decir, cerca del 50% de las muertes fueron personas civiles⁵¹⁹. Sin embargo, fue a partir de este conflicto, con el Tratado de Londres del 8 de agosto de 1945, cuando por primera vez se plasma la firme decisión de perseguir y penalizar al individuo por la perpetración de crímenes internacionales, principalmente contra las personas civiles. Pues no cabe duda que el genocidio cometido por los nazis contra las personas civiles fue la principal razón de perseguir a los culpables.

En este Tratado de 1945 se perfila al individuo como el principal responsable de cometer crímenes internacionales, incorporando los que hoy día se conocen como crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y agresión, y otorgando competencia a dos tribunales internacionales (los tribunales de Nüremberg y Tokio) creados para juzgar a los altos cargos militares del nazismo alemán y fuerzas japonesas, responsables de cometer esos actos sobre todo contra las personas civiles que son quienes más daño sufren durante el desarrollo de las hostilidades.

Por ello, se considera el Tratado de Londres de 1945 el precursor del derecho internacional penal moderno, no solamente porque tipificó ciertos crímenes de trascendencia internacional, sino también porque confirmó la idea de que el individuo es el máximo responsable de los crímenes cometidos, situación que ha servido también para darle un espacio en las relaciones internacionales, es decir, colocándolo como sujeto secundario de derecho internacional, contribuyendo, entre otras cosas, a afianzar el concepto de responsabilidad internacional penal del individuo.

⁵¹⁸ El gobierno londinense expresaba su queja ante la Cámara de los Lores porque se tenían noticias por diferentes medios de que se estaban bombardeando objetivos no militares en la ciudad de Barcelona, y en localidades como Guernica, Donostia, Bilbao, Durango, Barakaldo; hecho que también fue criticado por la Sociedad de Naciones el 30 de septiembre de 1938. Véase en *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 100. Véase también Egaña, Iñaki, *Los Crímenes de Franco en Euskal Herria (1936-1940)*, Txalaparta, Donostia, España, 2009, pp. 81-82.

⁵¹⁹ Los hechos más abominables que se conocen son la destrucción con bombas atómicas las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki, el 6 y 9 de agosto de 1945 respectivamente, por el ejército norteamericano. Vid. Egaña, Iñaki, *Ídem*.

En ese mismo orden, los Convenios de Ginebra de 1949 introdujeron algunas anotaciones referentes a la responsabilidad internacional penal del individuo cuando comete infracciones graves contra las personas civiles, tanto así que el Cuarto Convenio trata exclusivamente de su protección y de las conductas prohibidas. Por otro lado, se atribuye a cada una de las Partes contratantes la responsabilidad de perseguir y sancionar a los acusados encontrados culpables, o ponerlos a disposición de un tribunal de una de las Partes que esté en disposición de juzgarlos⁵²⁰. Y, dado que se trata de normas internacionales, la responsabilidad recaída viene siendo también internacional aún los Estados hayan transpuesto la obligación que tiene que ver con la persecución a su derecho interno, pues no se trata de perseguir delitos comunes sino más bien crímenes internacionales que ofenden a toda la comunidad internacional en su conjunto provenientes del incumplimiento de las obligaciones que impone el derecho internacional humanitario así como el derecho internacional de los derechos humanos aplicados durante un conflicto armado, por lo que se hace necesario diferenciar los delitos relacionados con el conflicto armado y los que no teniendo en cuenta que el derecho interno continúa siendo igualmente aplicable. Es, pues, la persecución ante tribunales internacionales la excepción.

Con los Estatutos que crearon los tribunales de Nüremberg y Tokio, se tipificaron los crímenes a los que hemos hecho referencia, y que más tarde sentaron las bases para la creación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad impulsado por la CDI, mismo por el que se ha sustentado el derecho internacional penal contemporáneo. Asimismo, ello sirvió también para la adopción del Estatuto de Roma de 1998, creador de la CPI.

Es a través de la adopción del Estatuto de Roma cuando la responsabilidad internacional penal del individuo adquiere su máxima expresión, porque es la primera vez que se crea un tribunal internacional penal permanente con competencia para perseguir y juzgar violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho

⁵²⁰ Sobre la represión de ciertas conductas cuando se cometen en el curso de las hostilidades véase los artículos 49 y 50 del primer Convenio para aliviar las suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; artículos 50 y 51 del segundo Convenio para aliviar las suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; artículos 129 y 130 del tercer Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; artículos 146 y 147 del cuarto Convenio relativo a la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra; artículos 85 y 86 del Protocolo Adicional I.

internacional general, especialmente los crímenes cometidos contra las personas civiles como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, aparte de los de agresión y terrorismo. Estos dos últimos fuera, por el momento, de la *competencia materiae* de la Corte.

Como se puede observar, la puesta en marcha de la CPI, permanente, constituye el punto culminante de un proceso que comenzó hace más de un siglo, debido fundamentalmente al proceso de humanización que experimenta el derecho internacional, impulsado tanto por el CICR como por la ONU, en el respeto de los derechos humanos fundamentales y del derecho internacional humanitario. En ese sentido, una vez logrado dicho avance, la comunidad internacional debe ahora redoblar sus esfuerzos para lograr hacer efectiva la aplicación de esta normativa, especialmente en los conflictos armados internos, dado que en las últimas décadas han proliferado los conflictos de este tipo, que han causado el mayor número de muertes de personas civiles.

3. El deber del Estado de perseguir crímenes internacionales contra las personas civiles, de acuerdo a lo establecido en el cuarto Convenio de Ginebra de 1949 en la Segunda Posguerra

La institucionalización de la responsabilidad internacional penal del individuo ha cobrado mayor interés cuando son los Estados los principales protagonistas en hacer efectiva esa responsabilidad, mediante la obligación asumida de perseguir a los presuntos culpables de la violación de la obligación. En ese sentido, la obligación de perseguir viene dada por el compromiso asumido en el tratado⁵²¹, por lo que los Estados están obligados a que su derecho interno imponga la obligación y las sanciones correspondientes a través de sus órganos judiciales. Y, en caso de que el derecho interno no prevea la obligación internacional o el Estado no haya adoptado el tratado, las normas internacionales de carácter consuetudinario le son oponibles, sobre todo cuando se trata de normas imperativas de derecho internacional general, dentro de las que podemos citar las relativas al genocidio, la tortura, los crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad.

⁵²¹ Según el artículo 1 de los Convenios de Ginebra de 1949, los Estados están obligados a respetar y hacer respetar los Convenios. Sobre esta obligación y la que tiene que ver con perseguir individualmente a quienes violan sus normas, incluyendo difusión y medidas de aplicación del derecho internacional humanitario véase Pérez González, Manuel, “El Derecho Internacional Humanitario en busca de su eficacia”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 77, enero-junio, 2001, pp. 331-355 (339-347).

Dicho esto, la persecución estatal del individuo por crímenes internacionales o violaciones de normas que protegen a las personas civiles se remonta a la Segunda Posguerra, porque fue a partir de ese episodio cuando la comunidad pone mayor empeño en hacer posible la persecución del individuo por las conductas atroces cometidas durante la guerra.

Asimismo, para afianzar la represión de los crímenes señalados, la comunidad internacional puso a disposición de los Estados los Convenios de Ginebra de 1949 para su firma y ratificación. En cualquier caso, respecto a la protección debida de las personas civiles en los conflictos armados internos, los artículos 146 y 147 del cuarto Convenio comprometen a las Altas Partes Contratantes a adoptar todas las medidas legislativas para imponer sanciones penales a quienes cometan o den orden de cometer cualquier infracción grave del Convenio. A pesar de que éste Convenio aplica a los conflictos armados internacionales, por extensión, esta norma alcanza a los conflictos armados internos de acuerdo al artículo 3 común.

Es por ello que, en los conflictos armados internos, los Estados están llamados a enjuiciar a quienes cometan cualquier violación contenida en el cuarto Convenio, y en virtud del principio de jurisdicción universal, enjuiciar o extraditar a los presuntos culpables de cometer violaciones graves del mismo. No obstante la norma prevista después de la Segunda Posguerra y el enjuiciamiento de crímenes internacionales cometidos contra personas civiles en los juicios de los tribunales de Nüremberg y Tokio, la represión de crímenes internacionales en conflictos armados internos cometidos contra personas civiles entró en una etapa de estancamiento doctrinal y jurisprudencial. Ello fue debido a motivos extrajurídicos, como apunta Jaume Ferrer, suscitados por la Guerra Fría que paralizaba el desarrollo del derecho internacional penal por las tensiones políticas entre las dos Superpotencias (Estados Unidos y la Unión Soviética)⁵²².

⁵²²Ferrer Lloret, Jaume, “La Aplicación de las Normas Internacionales sobre la Responsabilidad Penal del Individuo: Valoración de la Práctica Más Reciente”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 27, 1998, pp. 11-79 (14).

En esa misma línea, cabe destacar el proceso de transición democrática por el que estaban pasando algunos países luego de la caída de los regímenes dictatoriales en plena Guerra Fría, sobre todo en América Latina, principalmente Chile y Argentina, Venezuela, El Salvador, Paraguay, Uruguay, Nicaragua, Bolivia, Brasil⁵²³, así como los regímenes militares poscoloniales en algunos Estados africanos como Angola, Etiopía, Mozambique, Angola, El Chad, República Democrática del Congo, Burundi, Zaire, Liberia, Somalia, Ruanda, etc. Lo que hacía pensar en la debilidad de sus instituciones tanto judiciales como políticas, y por otro lado, como apunta Kai Ambos, no estaba claro si antes de entrar en vigor el Estatuto de Roma de 1998, existía un derecho internacional penal que obligara a los Estados a investigar los crímenes internacionales cometidos en su territorio, ello a pesar del mandato expreso de los Convenios de Ginebra de 1949 y otras convenciones especiales, como la del Genocidio de 1948 y la de la Tortura de 1984⁵²⁴.

Tras finalizar la Guerra Fría en 1990-1991, la pasividad de los Estados para reprimir crímenes internacionales continuó, lo que hizo necesario acelerar el establecimiento de la mencionada CPI que sirviera para disuadir a los Estados y concretamente a los infractores, logro que fue alcanzado en 1998 con el Estatuto de Roma, que vino precedido de la creación de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda por parte del Consejo de Seguridad de la ONU.

⁵²³ En Latinoamérica, existen pocos casos, por no decir ninguno, que se hayan iniciado procesos por violaciones de normas internacionales de protección de las personas civiles en conflictos armados internos. Ello se ha debido a que la mayoría de los Estados solo se han limitado a ratificar los convenios mas no traducir parte de sus normas al derecho interno, de manera que los casos conocidos han tenido que ver con violaciones del derecho interno. Véase Ambos, Kai, y Malarino, Ezequiel, “Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina. Conclusiones Preliminares”, en *Persecución Penal de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Malarino Ezequiel (edits), Fundación Konrad Adenauer Stiftung. V., Montevideo, Uruguay, 2003, p. 577-589 (584).

⁵²⁴ Ambos, Kai, “El Marco Jurídico de la Justicia de Transición”, en *Justicia de Transición*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (edits), Fundación Konrad Adenauer Stiftung. V., Mastergraf srl, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 23-129 (36-37).

CAPÍTULO IV.- REPRESION INTERNACIONAL DEL CRIMEN: LOS MECANISMOS DE PERSECUCIÓN EN LA POSGUERRA FRÍA. EL CASO YUGOSLAVO Y LOS CONFLICTOS ARMADOS AFRICANOS

El conflicto armado en la antigua Yugoslavia es un ejemplo *sui generis* que cae dentro de la redefinición de los conflictos armados, pues se caracterizó por su complejidad al momento de clasificarlo como interno o internacional. La represión internacional del crimen durante ese episodio de violencia estuvo marcada por la influyente labor realizada por el Consejo de Seguridad de la ONU al crear sendos tribunales penales internacionales *ad hoc* con la intención de perseguir a los presuntos responsables de perpetrar violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. En ese sentido, la caracterización del conflicto pasó a ser el centro del debate porque de ello dependía el derecho aplicable. De ahí que la represión internacional del crimen al menos en lo que concierne a la prohibición de cometer ciertas conductas ha hecho insostenible la distinción clásica de los conflictos.

Del mismo modo, la responsabilidad internacional penal del individuo por crímenes cometidos contra las personas civiles y la población civil en el contexto de los conflictos armados internos ha entrado en una etapa de profunda reflexión y análisis en los últimos años, particularmente en el Continente Africano, donde se ha llevado a la justicia a importantes líderes políticos desde el conflicto ruandés de 1994. Tras veinte años del establecimiento del TPIR por el Consejo de Seguridad de la ONU, la jurisprudencia ahí adoptada ha sido la principal línea a seguir.

Sin embargo, la dificultad de los conflictos armados internos africanos actuales, por ejemplo, en el Congo, Uganda, Kenia, Sudán-Darfur, Costa de Marfil, Libia y Mali están incorporando nuevos factores de carácter jurídico y político que la CPI apenas está asimilando y aceptando. Entre los jurídicos podemos citar, por un lado, el controversial elemento “política” de los crímenes contra la humanidad, y algunas analogías entre el genocidio y el delito de persecución; y de otro lado, dentro de los factores de carácter políticos está la cuestión de la soberanía e independencia de los Estados, que si bien no debe anteponerse ante violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, se ha convertido en un obstáculo para hacer efectiva la represión; del mismo modo, está el factor discrecional del Fiscal al

examinar cuándo actuar en razón de la complementariedad de la Corte.

Sección Primera. Conflicto armado en la antigua Yugoslavia

Conflicto armado en la antigua Yugoslavia. Tipología del conflicto

Dado que nuestra línea de investigación versa sobre la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones de normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección de personas civiles y la población civil en los conflictos armados internos, nuestro objetivo consiste en demostrar una vez más que el conflicto armado en la antigua Yugoslavia cae dentro de la nueva definición de los conflictos armados, en tanto que conflicto mixto (interno e internacional al mismo tiempo). Como ya hemos hecho algunas anotaciones sobre dicha cuestión, es necesario continuar profundizando sobre el tema, porque es la manera de entender el derecho aplicable y los diferentes crímenes perpetrados contra personas civiles y poblaciones civiles durante el desarrollo de las hostilidades, principal causa para el establecimiento del TPIY como un mecanismo de persecución del crimen de la Posguerra Fría.

Sin embargo, es importante destacar que en principio la distinción de uno u otro conflicto no afecta al derecho aplicable respecto a la prohibición de cometer ciertas conductas calificadas como graves, puesto que, como es notorio, el derecho internacional humanitario está compuesto de normas básicas y consuetudinarias que se aplican indistintamente de la clasificación del conflicto armado. De ahí la importancia de volver a tratar el conflicto armado en la antigua Yugoslavia.

Debemos partir de la premisa general de que un conflicto armado interno es aquel que se desarrolla a lo interno de un Estado entre las fuerzas armadas de dicho Estado y uno o varios grupos armados organizado o entre tales grupos a la vez; y, por otro lado, que un conflicto armado internacional lo constituye el enfrentamiento armado entre dos o más Estados, o aquél en el que un grupo nacional étnico lucha contra regímenes racistas o de dominación colonial.

Entonces, para el caso que nos ocupa, el conflicto armado en la antigua Yugoslavia, nos parece acertado conocer la organización del territorio y el estatus jurídico de los entes que la integraban, en virtud de su Constitución, antes e inmediatamente después de su

desintegración. Y, en términos generales, las causas inmediatas al estallido del conflicto.

El conflicto armado en la antigua Yugoslavia fue un enfrentamiento armado que comenzó a mediados de 1991 en el sureste de Europa, concretamente en la zona denominada Península Balcánica (Los Balcanes), entre los territorios que formaban la República Federativa Socialista de Yugoslavia. Previo al desmantelamiento, el Estado estaba formado por seis repúblicas socialistas: Croacia, Eslovenia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Montenegro y Serbia, y dos provincias autónomas: Kosovo y Vojvodina, pertenecientes a la República de Serbia; todo ello de acuerdo a la Constitución (y reformas constitucionales de 1946, 1963 y 1974), promovida por su presidente Josip Broz Tito.

En estas modificaciones constitucionales se reconocía el derecho de secesión solamente para cada una de las repúblicas fundadoras⁵²⁵. Derecho éste que siempre había sido reclamado por la Provincia de Kosovo, por considerarse también miembro fundador, pero no fue posible por la oposición tajante de la República de Serbia, quien la consideraba parte de su territorio⁵²⁶.

Tras la muerte de Tito en 1980, en cumplimiento del mandato constitucional impulsado por el Mariscal, la presidencia se ejercía por un año de manera rotativa entre las repúblicas y la dirigía un colegiado (Consejo Federal Colegiado) integrado por un representante de cada república y provincia autónoma y el presidente de la Liga Comunista Yugoslava, presidente de oficio de la República⁵²⁷. Sin embargo, siempre se percibía cierto descontento político entre los serbios, croatas y montenegrinos en la disputa por elegir al presidente⁵²⁸.

⁵²⁵ Sobre la división política de la antigua Yugoslavia pasada la Segunda Guerra Mundial, véase Denitch, Bogdan, *Nacionalismo y Etnicidad. La Trágica Muerte de Yugoslavia*, editorial Siglo XXI, México, 1995, pp. 60 y ss.; Stavenhagen, Adolfo, *Conflictos Étnicos y Estado Nacional*, *United Nations Research Institute for Social Development*, Siglo XXI, México, 2000, pp. 221 y ss.

⁵²⁶ Es preciso señalar que la postura de la República de Serbia se debía a que fue precisamente Serbia quien la liberó del dominio del Imperio Otomano durante las guerras balcánicas de 1912 y 1913. Kosovo había permanecido bajo el Imperio Otomano desde el siglo XIII.

⁵²⁷ Vinuesa, Arturo, *El Conflicto de los Balcanes y la seguridad común, europea*, Editorial, España, 2002, Fundamentos, p. 20.

⁵²⁸ Fink, Andrés, "Yugoslavia después de Tito", en *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, n. 2, abril-junio, 1981, pp. 359-378; Valdés Salmerón, Verónica, *Ética Ciudadana. De lo individual a lo social, de los social a lo global*, Pearson Educación, México, 2003, p. 88.

Pese a diversas convulsiones separatistas apoyadas por Eslovenia y Croacia a lo largo de muchos años, y el descontento de Kosovo por la precaria situación económica en la que se encontraba en comparación con las repúblicas, debido fundamentalmente a su escasa autonomía estatutaria, la situación política se mantenía semiestable en todo el territorio hasta 1989, año en que asume la dirección rotativa de la Federación el serbio Slobodan Milosevic.

Milosevic, desde sus inicios como presidente, se destacó por su autoritarismo y coadyuvó en la exacerbación del nacionalismo serbio al propiciar el control de Serbia sobre la toda la región. Asimismo, asumió el control de los medios de comunicación y se mostró enérgico al suprimir cualquier intento de reivindicación de derechos sociales, políticos y económicos de los ciudadanos de las repúblicas y las provincias autónomas. Por otro lado, se propuso obstaculizar la elección sucesoria de la Federación, pues al despojar de su autonomía constitucional a las provincias de Kosovo y Vojvodina, se sustrajo el voto de estas dos para tener más poder de decisión al momento de elegir al presidente. Todo ello en franca violación de las disposiciones constitucionales de 1974⁵²⁹.

Esta situación provocó al poco tiempo que las repúblicas de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina y Macedonia se plantearan la conversión del Estado Federal en una Confederación de Estados Independientes a principios de 1990. Situación que no fue posible por la oposición de Estados Unidos y la entonces Comunidad Europea, quienes demandaban el cumplimiento del punto IV del Acta Final de Helsinki de 1975 y la Carta de París de 1990, que disponía, entre otras cuestiones, respeto a la independencia territorial y política de los Estados, a los derechos humanos de las minorías y al derecho que tienen los Estados de decidir sobre sí mismos, así como el arreglo de diferencias por medios pacíficos a fin de evitar la aparición de nuevos conflictos armados⁵³⁰. De esa

⁵²⁹ Hilpod, Peter, Humanitarian Intervention: Is There a Need for Legal Reappraisal?, en *EJIL*, vol. 12, n. 3, 2001, pp. 437-467 (438); Taibo, Carlos, *La Desintegración de Yugoslavia*, Catarata, Madrid, España, 2000, p. 45. Sobre la figura política y personal de Milosevic, así como el nacionalismo serbio, véase a, Milosevic, Mira, *El Trigo de la Guerra. Nacionalismo y Violencia en Kosovo*, y *Los Tristes y los Héroes*, Espasa, Madrid, 2000.

⁵³⁰ El Acta Final de Helsinki fue un documento que recogía los principales puntos acordados por la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), celebrada en Helsinki, entre el 3 de julio de 1973 y el 21 de julio de 1975, por un conjunto de la mayoría de los Estados de Europa, Estados Unidos y la Unión Soviética, con la intención de intensificar las relaciones económicas, la cooperación

manera quedó zanjado, por el momento, todo intento de división del Estado⁵³¹. Decisión que iba acorde con las pretensiones de Serbia, de su dominio y control de la Federación⁵³².

Esta postura estadounidense y europea, si bien responde a un compromiso ético y moral por el respeto al principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados⁵³³, el hecho de oponerse a lo planteado, moralmente también les hace partícipes de las consecuencias sobrevenidas. Pues, quizás si hubieran apoyado dicha propuesta y logrado el consenso entre las repúblicas, posiblemente la desintegración se hubiera producido dentro de un clima favorable a la secesión, y en el más estricto cumplimiento a la Constitución, evitando de esta manera las atrocidades cometidas durante la Gran Guerra.

Naturalmente, la propuesta de las repúblicas iba en dirección a lo establecido en el artículo 283.4 de la Constitución de 1974, según el cual, cualquier intento de modificación de las fronteras del Estado debía realizarse por medio del consenso entre ellas, que después debía ser refrendado o rechazado por la Asamblea Federal⁵³⁴. Sin embargo, ese llamado a la negociación se encontró con la oposición tajante de Serbia, los Estados Unidos y la Comunidad Europea. Entonces, la frustración de las negociaciones incitó a las repúblicas a declarar unilateralmente la independencia, pues como afirma el profesor Remiro casi siempre las secesiones o separaciones de los Estados se dan al margen de las disposiciones de los ordenamientos jurídicos que las prevén⁵³⁵.

Al Respecto, se puede destacar la decisión de Eslovenia de introducir la posibilidad de recurrir al derecho de secesión o autodeterminación cuando protagonizó la modificación de su Constitución en 1989. El hecho provocó que el Parlamento Federal,

estatal y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en Europa y el Mundo; más tarde, el 21 de noviembre de 1990, la CSCE reunida en París firma el Acta de París con el objetivo también de incentivar la cooperación, la seguridad y unidad de Europa en el marco de un nuevo comienzo hacia la consecución de la paz tras el fin de la Guerra Fría.

⁵³¹ Declaración común de 5-7-91, Bol. CE 1991-7/8, punto 1.4.3, p. 10.

⁵³² Delgado Cantú, Gloria M. y otros, y otros, *Historia Universal. De la Era de las Revoluciones al Mundo Globalizado*, Pearson Educación, México, 2006, p. 455.

⁵³³ Anuario de la CDI 1999, actas resumidas de las sesiones del 51º período de sesiones, p. 206.

⁵³⁴ Delgado Cánovas, Juan B., *El Derecho Internacional Humanitario a la Luz del Estatuto y la Jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia*, editorial Comares, Granada, 2000, p. 14.

⁵³⁵ Remiro Brotóns, Antonio y otros, *Derecho Internacional...*, loc. cit. supra en nota 219, p. 193

sustancialmente de mayoría serbia, demandara la inconstitucionalidad de dicha decisión ante el Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal dictaminó lo refrendado en la Constitución, es decir, que ese derecho debía llevarse a cabo mediante una ley federal esgrimida por todas las partes, incluyendo las provincias autónomas. En esa misma línea, él también señaló que las repúblicas, inclusive las provincias, tienen derecho a la secesión o autodeterminación⁵³⁶.

Por consiguiente, muy por el contrario a un eventual proceso pacífico de separación o de secesión, el nacionalismo radical implantado por Milosevic exacerbó también la aparición de partidos de tendencia nacionalista en las demás repúblicas, obteniendo buenos resultados en las elecciones presidenciales a lo interno de cada una de ellas. Por ejemplo, en 1990, prácticamente todos los que ganaron las elecciones fueron simpatizantes de tendencias nacionalistas e independentistas: en Croacia ganó Franjo Tudjman, en Eslovenia resultó electo Milan Kucan, por Macedonia, Kiro Gligorov, y por Bosnia-Herzegovia, Alija Izetbegovic⁵³⁷.

Llegado a este punto de tensión, la desintegración de la República Socialista Federativa de Yugoslavia comienza con la proclamación de la independencia de las repúblicas de Croacia y Eslovenia en junio de 1991, seguida de Macedonia en septiembre del mismo año y de Bosnia-Herzegovina en abril de 1992, quedando entonces la denominada República Federal de Yugoslavia integrada por Serbia y Montenegro. Pero, en junio de 2006, de forma consensuada, Montenegro se separa de Serbia. Finalmente, Kosovo proclama su independencia de manera unilateral en febrero de 2008, y ha sido reconocido como un Estado por la mayoría de los Estados europeos y Estados Unidos, a excepción de algunos Estados importantes con estructura territorial compleja como España y Rusia.

Entre tanto, como consecuencia de la enunciada separación de las repúblicas, el ejército yugoslavo comienza la represión por mandato de Serbia, quien dirigía la Federación en ese momento, y con la intención de preservar la integridad territorial del Estado, dando inicio al conflicto armado en la antigua Yugoslavia. El conflicto se extendió de manera

⁵³⁶ Brunner, Georg, “Un Hito en el Camino Hacia el Estado de Derecho. El largo tiempo impedido y finalmente conseguido control de la constitucionalidad en Europa del Este”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 82, octubre-diciembre de 1993, pp. 137-144 (139).

⁵³⁷ Taibo, Carlos, *La Desintegración de Yugoslavia...*, loc. cit. supra en nota 529, p. 49.

intermitente por cada una de las repúblicas que conformaban la Federación, quienes iban declarando gradualmente su independencia. La desintegración estaba en marcha ocasionando una estela de muerte y destrucción a su paso.

La clasificación del conflicto todavía hoy se considera compleja. En primer lugar, está el enfrentamiento armado entre el ejército yugoslavo comandado por la República Federal de Yugoslavia y las fuerzas armadas de cada una de las demás repúblicas, con la intención de revertir el proceso secesionista; en segundo lugar, los conflictos armados al interior de los Estados recién formados, entre el Estado nuevo y las fuerzas armadas opositoras formadas por serbios que no aceptaban la secesión o que querían por tanto formar su propia república; en tercer lugar, los conflictos armados surgidos cuando esas fuerzas armadas opositoras son apoyadas ideológica y militarmente por el gobierno de la República Federal de Yugoslavia, y en cuarto lugar, el conflicto armado entre esta última y la Provincia de Kosovo.

El primer caso, es decir, el enfrentamiento armado entre las fuerzas armadas de la antigua Yugoslavia comandadas por la República Federal de Yugoslavia y las fuerzas armadas de las repúblicas secesionistas, podría constituir un ejemplo de un conflicto armado interno hasta tanto fueran los nuevos Estados reconocidos políticamente. Para ello se infiere que fue el reconocimiento prematuro de Croacia y Eslovenia por Alemania y los Estados de la Comunidad Europea lo que convirtió esos conflictos armados en internacionales. Pero esta teoría se considera discutible, ya que la sola declaración de independencia sin la necesidad del reconocimiento de otros Estados puede significar también la internacionalización del conflicto.

Somos de esta última opinión, en razón de la declaración unilateral de independencia de Kosovo en febrero de 2008, en la cual, la Asamblea General de la ONU elevó una consulta a la CIJ con la pregunta de si dicha declaración se considera acorde con el derecho internacional. La respuesta fue afirmativa, es decir, no vulnera el derecho internacional, por diez votos contra cuatro⁵³⁸. Se deduce entonces que el reconocimiento

⁵³⁸ CIJ, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, 22 de julio de 2010. Cabe destacar en el análisis de la Corte, la afirmación que hace referente a que en los siglos XVIII, XIX y XX, la práctica del conjunto de los Estados no ha considerado la promulgación de ninguna declaración de independencia contraria al derecho internacional, y éste tampoco la prohíbe. Pone el ejemplo de la norma

premature como nuevos sujetos de derecho internacional de las repúblicas secesionistas de Croacia y Eslovenia por parte de Alemania y la mayoría de los Estados de Comunidad Europea, no podría considerarse por sí solo el único elemento que convirtió el conflicto armado en internacional, sino la propia declaración de independencia, significando ese hecho como el nacimiento de nuevos Estados. Pero al mismo tiempo, esta tesis es contraria a la costumbre internacional, pues la existencia de un nuevo Estado como sujeto de derecho internacional tiene que ver también con el grado de reconocimiento por otros Estados a ese Estado nuevo o territorio secesionista, aunque esta teoría no es determinante.

Como se puede observar, la opinión consultiva de la CIJ complicó aún más el análisis de la tipificación de los conflictos armados en la antigua Yugoslavia, lo que sin duda, junto a la jurisprudencia del TPIY, influirá también para posteriores conflictos armados que tengan características similares a las indicadas, por ejemplo, pongamos el caso para un futuro conflicto armado entre la República de Serbia y el actual Kosovo, que políticamente sigue perteneciendo a Serbia. Si aceptamos que Kosovo es un nuevo Estado a raíz de la proclamación de su independencia, entonces para quienes lo reconocen como tal, habría un conflicto armado internacional si se produce un enfrentamiento armado entre ambos Estados. Pero para quienes opinan lo contrario, cualquier conflicto armado entre los susodichos sería interno porque, como subrayamos, aún se considera a Kosovo parte del territorio de Serbia⁵³⁹.

que promueve la libre determinación de los pueblos de los territorios sin autonomía, o de aquellos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjera. Respecto a esto último, señala además, que ha habido casos fuera de este contexto y sin que haya norma internacional que lo prohíba, como cuando las autoridades turcochipriotas intentaron crear por la fuerza un Estado en la parte septentrional de la República de Chipre (ver Resolución 583 de 18 de noviembre de 1983); y cuando los serbiobosnios declararon la independencia de la República de Srpska el 7 de abril de 1992, como respuesta a la declaración de independencia del nuevo “Estado Federación de Bosnia-Herzegovina” (ver Resolución 787 de 16 de noviembre de 1992, par. 3), el 5 de abril del mismo año. Para la Corte, estas declaraciones se consideran ilegales no porque se hayan realizado de manera unilateral, sino porque estuvieron acompañadas del uso de fuerza y de otras transgresiones graves del derecho internacional. Véase los párrs. 79-81 de la Opinión Consultiva. Por otra parte, con anterioridad se entendía que el derecho de autodeterminación no podía ser alegado por un pueblo nacional étnico para proclamarse independiente, tan solo tenía derecho a la autodeterminación interna, y ello con el fin de evitar la imposición de obligaciones que le impidan tener un desarrollo sostenible, como versa la Resolución 47/35, de 1992, de la Asamblea General de la ONU.

⁵³⁹ España ha sido un arduo opositor a la declaración unilateral de independencia de Kosovo. Es lo que refleja el sentir de algunos en varios artículos, véase Bermejo García, Romualdo y Gutiérrez Espada, Cesáreo, “La Independencia de Kosovo a la Luz del Derecho de Libre Determinación”, en *Revista Real Instituto Elcano*, Documento de Trabajo, n.º, 7/2008, 2008; Remiro Brotons, Antonio, “Kosovo, Realismo y Legitimidad”, en *Política Exterior*, vol. 22, n.º 122, 2008, pp. 57-63; Remiro Brotons, Antonio, “El Nuevo Orden Internacional: El Caso de Kosovo”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.

Por otra parte, en cuanto al segundo y tercer caso, los conflictos armados entre las repúblicas secesionistas y las fuerzas opositoras formadas por serbios, se considera ya un conflicto interno, pasando a ser internacional en la medida en que se pueda comprobar hasta qué punto esas fuerzas armadas han sido ayudadas o no, o bien apoyadas por la República Federal de Yugoslavia. Es decir, habría que determinar el grado de control general ejercido por la Federación sobre esas fuerzas armadas opositoras para que fungieran o no como órgano del Estado. Análisis que hacemos en función de la jurisprudencia del caso *Dusko Tadic*⁵⁴⁰.

En cuanto al cuarto caso, es decir, el conflicto armado entre la República Federal de Yugoslavia y la Provincia de Kosovo, existió un conflicto armado interno, que después pasó a ser internacional cuando las fuerzas armadas de la OTAN, sin autorización del Consejo de Seguridad de la ONU, intervinieron en apoyo de Kosovo en 1999⁵⁴¹. Es un

1, 2000; Rupérez, Javier, “Kosovo, Secesión de Errores”, en *Papeles Faes, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales*, n. 67, 2008, pp. 1-8, ver en http://www.fundacionfaes.org/file_upload/publication/pdf/20130521154832kosovo-secesion-de-errores.pdf, fecha de consulta 25 de octubre de 2014. La “supuesta” ilegalidad de la declaración de independencia de Kosovo, se considera contraria al derecho internacional, pero el derecho internacional siempre ha evitado regular el derecho de secesión o separación de los pueblos nacionales y étnicos, salvo el de los llamados pueblos coloniales (o los que están sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjera), que tienen derecho a la libre determinación, y cuya norma se considera *ius cogens*. La Resolución 47/35, de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General de la ONU (con carácter de recomendación) que promueve el derecho de autogobierno de los pueblos nacionales, étnicos, religiosos y lingüísticos, ni siquiera responde al derecho internacional en vigor, como subrayaría el profesor Remiro, toda vez que el Estado tiene derecho a preservar su integridad territorial como principio irrenunciable e ineludible del derecho internacional. Vid. Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional...*, loc. cit. supra en nota 219, p. 70 y ss. Éste tema ha vuelto a escenificarse a raíz del referéndum unilateral orquestado por la provincia de Crimea el 16 de marzo de 2014, para decidir si continuar siendo parte de Ucrania u optar por la independencia. La inmensa mayoría de la población, mayoritariamente de origen étnico ruso, votó a favor de la independencia, y un día después (17 de febrero de 2014), la provincia solicitó a la Federación Rusa su anexión, produciéndose entonces el 21 de marzo de 2014 como Distrito Federal de Crimea. Sin embargo, la comunidad internacional no reconoce ni la independencia de Crimea ni su anexión por parte de Rusia. En cuanto a lo primero, la Asamblea General de la ONU ya lo ha declarado como inválido al no contar con la autorización de Ucrania (Resolución A/68/L.39), de 24 de marzo de 2014.

⁵⁴⁰ Recordemos que, de acuerdo al criterio establecido por la Sala de Apelaciones en el caso en cuestión, un control general debe verificarse en el papel ejercido, es decir, en la organización, coordinación y planificación, además de financiación, entrenamiento y equipamiento o prestación de apoyo a las acciones militares, sin necesidad de que se tengan que dar instrucciones precisas de acciones militares. Vid. *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, loc. cit. supra en nota 119, párr. 145, p. 62.

⁵⁴¹ La intervención de la OTAN comenzó el 24 de marzo de 1999, y perduró hasta el 10 de junio de ese mismo año. Esta política de la OTAN en la Posguerra Fría se circunscribe también en una nueva concepción de seguridad estratégica en Europa, no muy ajena todavía a las ideologías predominantes de la Guerra Fría. Es así porque la antigua Unión Soviética (hoy Federación de Rusia) siempre había sido un aliado fiel de Serbia y por esas razones fue uno de los fuertes críticos durante la intervención de la OTAN. Vid. Badsey, Stephen y Latawski, Paul, *Britain, NATO and the Lessons of the Balkan Conflicts, 1991-1999*, Frank Cass, Great Britain, 2004, pp. 249-250. Asimismo, hay que destacar que dicha intervención por razones estrictamente humanitarias significó para la OTAN saltarse sus propias normas,

caso auténtico de internacionalización del conflicto, debido a que la participación de la OTAN se realizó sin contar con el aval del Consejo de Seguridad. En caso contrario, si hubieran actuado con la autorización del Consejo, la caracterización del conflicto hubiera sido discutible en razón de la imparcialidad con que deben presentarse estas fuerzas, y la dificultad de considerarlas como Parte en el Conflicto, según hemos puesto de relieve otrora para los casos de las autorizaciones de fuerzas de paz de la ONU y/o fuerzas multinacionales para el restablecimiento de la paz.

Por consiguiente, en la antigua Yugoslavia se podría decir de manera general que la tipificación del conflicto alcanza la categoría mixta, no prevista en los Convenios de Ginebra de 1949 ni en los Protocolos Adicionales de 1977, pero, como hemos apuntado anteriormente, ya la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Nicaragua* había indicado la identificación de la existencia de dos conflictos armados a la vez, es decir, interno e internacional⁵⁴². Pero, para los fines de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en toda su extensión, ha sido adecuado caracterizarlo como internacional, lo que no excluye la aplicación del artículo 3 común.

En conclusión, el conflicto armado en la antigua Yugoslavia ha cambiado la forma de ver los conflictos armados actualmente, y ha suscitado el interés en que sean revisadas las normas que rigen los conflictos armados para adecuarlas al momento actual. Precisamente fueron éstas las razones por las que se optó dotar al Tribunal de competencia para juzgar los crímenes más graves tipificados en los Convenios de Ginebra de 1949 de manera general, es decir, los cometidos en los conflictos armados internacionales, sin que ello signifique la exclusión implícita del artículo 3 común relativo a los conflictos armados internos. Por ejemplo, la delegación francesa que rindió el informe respecto al establecimiento del Tribunal, tenía claro que no se podía hacer mención de la lista de los crímenes graves previstos en el artículo 3 común porque

pues el artículo I del Tratado que la fundó apunta por la prohibición del uso de la fuerza en la medida que no sea compatible con la Carta de la ONU. Por esta razón la República Socialista de Serbia y Montenegro demandó ante la Corte Internacional de Justicia a los Estados Miembros de la OTAN en 1999, por la ilicitud del uso de la fuerza contra su territorio. Sin embargo, la demanda no prosperó porque la Corte se declaró incompetente. Sobre la ilicitud del uso de la fuerza en Kosovo véase, Kagan, Robert, “La Crisis de Legitimidad de Estados Unidos”, en *Foreign Affairs en español, ITAM*, vol. 4, n. 2, 2004, pp. 66-84 (72 y 73); Remiro Brotóns, Antonio, “De la asistencia a la Agresión Humanitaria”, en *Política Exterior*, vol. 13, n. 69, 1999, pp. 17-22; Ripol Carulla, Santiago, “El Consejo de Seguridad y la Defensa de los Derechos Humanos. Reflexiones a partir del Conflicto de Kosovo”, en *REDI*, vol. LI, 1999, pp. 59-87.

⁵⁴² CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities... *loc. cit. supra* nota 47, p. 114, par. 219,

ello limitaría la competencia de dicho Tribunal para los crímenes más atroces⁵⁴³.

Le delegación italiana fue menos detallista, pero una lectura de su informe nos apunta a que consideraba el conflicto internacional, sobre todo cuando hace mención de la Convención de La Haya de 1954 relativa a la protección de los bienes culturales, disposición ésta que a su vez se complementa con el artículo 53 del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales⁵⁴⁴.

Por último, es la propia Comisión de Expertos creada por mandato del Consejo de Seguridad la que sugiere aplicar las normas de derecho internacional humanitario relativas a los conflictos armados internacionales a la totalidad de los conflictos armados en la antigua Yugoslavia. La Comisión llegó a esa conclusión en vista de la complejidad del conflicto, como hemos venido subrayando, y porque las Partes involucradas se habían comprometido a aplicar las normas de referencia en varios acuerdos concertados⁵⁴⁵.

En ese sentido, parece que para la Comisión de Expertos la distinción del conflicto no tenía relevancia, aunque se haya escogido como derecho aplicable las normas referentes a los conflictos armados internacionales. Ahora bien, si el propósito era ése fue un grave error no incluir también las normas que hacen alusión a los conflictos armados internos, a saber, el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II. Es así, porque muchos de los graves crímenes se cometieron también en tanto se estaba desarrollando un conflicto armado interno. A pesar de ello, no teníamos referentes de que algunas de las normas básicas contenidas en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II se consideraban también dentro de la categoría de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Lo que hubiera alertado a los responsables de utilizar alegatos inicuos para escudarse de la competencia del tribunal que se estaba estudiando establecer.

En su último informe, casi un año después de haberse establecido el TPIY, la Comisión

⁵⁴³ Véase el informe de la delegación francesa ante la ONU, en la Carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad el 10 de febrero de 1993. Doc. S/25266, de 10 de febrero de 1993, par. 67.

⁵⁴⁴ Véase el informe de la delegación italiana ante la ONU, en la Carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad el 16 de febrero de 1993. Doc. S/25300, de 17 de febrero de 1993.

⁵⁴⁵ Informe preliminar de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 (1992), de 6 de octubre. Ver. Doc. S/25274, de 10 de febrero de 1993, par. 45.

de Expertos ratifica su primer informe provisional en lo atinente a la tipología del conflicto, es decir, en la antigua Yugoslavia hubo una diversidad de conflictos armados, dejando pendiente del criterio del Tribunal el analizar si una violación se ha cometido durante un conflicto armado interno o internacional. En cualquier caso, la Comisión decidió dar un enfoque internacional respecto a la norma aplicable, cual fue el resultado de la intención asumida por las Partes en los acuerdos alcanzados durante el desarrollo de las hostilidades⁵⁴⁶, no obstante que uno de los acuerdos, el realizado el 22 de mayo de 1992 entre las Partes enfrentadas en Bosnia-Herzegovina, auspiciado por el CICR, fue suscripto sobre el entendido de aplicar las normas correspondientes a los conflictos armados internos, es decir, el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, pero haciendo la salvedad de que podrían establecer también el incumplimiento de las leyes y usos de la guerra y otras normas de derecho internacional humanitario que se aplican en los conflictos armados internacionales.

Además, la decisión de la Comisión de decidir la aplicación de las normas que corresponden a los conflictos armados internacionales a la totalidad de los conflictos armados surgidos en la antigua Yugoslavia, allanaba el camino para que las violaciones graves se pudieran tratar indistintamente de la clasificación del conflicto. De cualquier manera, la Sala de Apelaciones, a raíz de la decisión del acusado de impugnar la competencia del Tribunal, entendió que debe ser la Sala de Primera Instancia la que debe juzgar cada caso en concreto, o bien determinar si las violaciones se cometieron en un conflicto armado interno o internacional.

Sin embargo, la Comisión de Expertos abrió el camino para que en el TPIY, una vez se comenzaran a conocer las acusaciones sometidas por el Fiscal, las partes defensoras, por lo menos hasta que se sentaran los precedentes, impugnaran la jurisdicción del Tribunal respecto de algunos crímenes alegando que algunos crímenes señalados se pudieron

⁵⁴⁶ Informe final de la Comisión de Expertos, S/1994/674, de 27 de mayo, par. 42-44. Los acuerdos a los que se refiere la Comisión de Expertos y que no señala, los destaca James O'Brien: Memorando de Entendimiento entre Croacia, Serbia y la República Federativa de Yugoslavia; Addendum al Memorando de Entendimiento entre Croacia y la República Federativa de Yugoslavia. Los auspiciados por el CICR están: Acuerdo entre Croacia, Bosnia-Herzegovina y Serbia el 22 de mayo de 1992; Acuerdo entre Croacia y Serbia el 28 y 29 de julio de 1992. En otro acuerdo auspiciado también por el CICR celebrado el 22 de mayo de 1992 entre las distintas Partes enfrentadas en Bosnia-Herzegovina, refleja que todas ellas consideraban el conflicto como interno. Vid. O'Brien, James F., "The International Tribunal...", *loc. cit. supra* en nota 354, p. 647; Meron, Theodor, "Classification of the Armed Conflict...", *loc. cit. supra* en nota 158, p. 237.

haber cometido mientras el conflicto se caracterizaba por ser interno. No obstante, como señala la Comisión, salvo los crímenes contra la humanidad y el genocidio cometidos indistintamente de la tipología del conflicto, estaba por determinar la aplicabilidad a los conflictos armados internos en relación con los crímenes de guerra y los atinentes a las leyes y usos de la guerra⁵⁴⁷.

Precisamente, a ello tuvo que enfrentarse el Tribunal cuando conoció su primer caso, el referente a *Dusko Tadic*. Aquí la parte acusada alegaba que los hechos imputados fueron cometidos en un conflicto armado interno, restando de esta manera legitimidad al Tribunal. Entonces, el Tribunal se limitó a analizar el contenido de dichas imputaciones partiendo del carácter consuetudinario del derecho internacional humanitario y porque algunas de sus normas aplicables a los conflictos armados internacionales debían destinarse también a los conflictos armados internos, llegando a la conclusión que las violaciones graves atribuidas no dependían de la naturaleza del conflicto, reconociendo también que en los conflictos armados internos se pueden cometer los hechos alegados⁵⁴⁸. Esto viene a significar un avance importante en la persecución internacional del individuo por violaciones graves del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internos, pues con anterioridad la tipificación de una violación como “grave” sólo podía cometerse en un conflicto armado internacional, como tendremos ocasión de analizar más adelante, a falta de mención expresa en las normas aplicables en los conflictos armados internos.

Es evidente el carácter de violaciones graves que subyacen en el artículo 3 común, porque de lo contrario estaríamos restando importancia al carácter consuetudinario de éste, sobrevenido precisamente de la misma intención de incluir en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dicho artículo. Él mismo comienza diciendo que, “*en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo (...)*”. Ello reflejó que, al momento de la adopción de los Convenios, a pesar de las reticencias de los Estados de aceptar la aplicación de todo el cuerpo del derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales a los conflictos armados internos durante la Conferencia, existían

⁵⁴⁷ Informe final de la Comisión de Expertos, S/1994/674, de 27 de mayo, par. 52-54.

⁵⁴⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-I-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 103 y ss.

normas consuetudinarias que sobrepasaban con mucho los intereses particulares, éstas tenían también consideraciones elementales de humanidad, como se dice de las normas imperativas⁵⁴⁹.

1. Constatación por la ONU de violaciones graves del derecho internacional humanitario

Partiendo de la idea de que en el conflicto armado en la antigua Yugoslavia coexistieron al mismo tiempo diversas categorías de conflictos armados, clasificaciones probadas por la jurisprudencia, la doctrina y por una interpretación rigurosa a la luz de los Convenios de Ginebra de 1949 y el derecho internacional general, es importante recalcar nuevamente que muchas de las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se cometieron indistintamente de la tipología del conflicto, por lo que descartaremos ofrecer detalles de cuáles normas han sido violadas en cada tipo de conflicto. En ese sentido, nos dedicaremos a señalar algunas violaciones graves del derecho internacional humanitario sin hacer la distinción previa del tipo de conflicto.

Desde que estalló el conflicto armado en la antigua Yugoslavia, es decir, en agosto de 1991, una serie de informes sobre el desarrollo de los acontecimientos estaban llegando a manos de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, los cuales daban parte de la gravedad de la situación en lo que atañe al respeto del derecho internacional humanitario⁵⁵⁰. La Comisión hubo de nombrar un relator especial, el polaco Tadeusz Mazowiecki, para que investigara la situación de los derechos humanos en la antigua Yugoslavia, sobre todo en la República de Bosnia-Herzegovina⁵⁵¹.

En varios informes, Tadeusz Mazowiecki advertía de las violaciones graves de los

⁵⁴⁹ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities... *loc. cit. supra* en nota 47, p. 114, par. 218.

⁵⁵⁰ Los informes iban llegando de varias organizaciones internacionales dedicadas a la acción humanitaria como CICR, Amnistía Internacional, International Human Rights Law Group, entre otras, así como de algunos Estados como Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca, Canadá, Países Bajos, Alemania, Austria, etc., vid. Doc. S/26545, de 6 de octubre de 1993.

⁵⁵¹ Véase resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos: 1992/S-1/1, de 14 de agosto de 1992, y 1992/S-2/1, de 1 de diciembre de 1992. Recordemos que pese a que se trataba de un conflicto armado, las normas internacionales de protección de los derechos humanos se aplicaban indistintamente de si se está en tiempos de paz o de guerra, salvo las excepciones previstas en el artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, como así declaró la Corte Internacional de Justicia. Vid. las siguientes opiniones consultivas de la CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 Julio 1996, p. 240, par. 25-25; *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9 July 2004, pp. 45 y ss., par. 102-105.

derechos humanos y del derecho internacional humanitario, sobre todo de ejecuciones sistemáticas y a gran escala de personas civiles, de fuerzas opositoras y de grupos étnicos religiosos como los musulmanes, especialmente en la República de Bosnia-Herzegovina y Croacia, así como la expulsión y desplazamiento forzoso de personas de una misma etnia, a lo que el relator llamó “limpieza étnica”⁵⁵² o “depuración étnica”⁵⁵³. Se desconoce la intención del relator especial de cuidarse de usar el concepto de genocidio para casos específicos en sus informes previos a la creación del TPIY, como la persecución y matanza sistemática de musulmanes de Bosnia-Herzegovina durante el conflicto. Quizás haya observado que, a pesar de informarse sobre las ejecuciones sumarias de personas civiles de una misma etnia en una localidad, el principal objetivo de los perpetradores consistía en lograr la expulsión o el desplazamiento forzoso, como más adelante señalaría la doctrina sobre el término, sin perjuicio de que algunos actos llevados a cabo con esta práctica constituyeran verdaderos actos de genocidio como afirmó el fiscal en el caso *Karadzic y Mladic*⁵⁵⁴.

En ese sentido cabe destacar que tanto “la limpieza étnica” como la “depuración étnica” para designar desplazamientos y expulsiones forzosas de personas civiles de una misma etnia, constituyen prácticas violatorias graves del derecho internacional humanitario y de las leyes y costumbres de la guerra, salvo que la seguridad de la población o razones militares imperiosas lo requieran, como proclama el artículo 49 del cuarto Convenio de

⁵⁵² Ver, Doc. E/CN.4/1992/S-1/10, de 27 de octubre de 1992 y, E/CN.4/S/1993/50, del 10 de febrero de 1993. En el informe, Mazowiecki daba cuenta de la reducción drástica de las poblaciones en varias ciudades a consecuencia de los asesinatos y desplazamientos a gran escala; dentro de estas ciudades podemos señalar Sarajevo, Bihac, Dubliza, Bosanska, Celinac, Sanski Most y Bosanski, Novi, Dobo, Kotor Varos, Travnik, Tmopolje y Prijedor. En total unas 81,000 personas fueron desplazadas, así como unos 700,000 refugiados. Asimismo, dicho informe señala de manera general violaciones graves del derecho internacional humanitario consistente en malos tratos a los prisioneros de guerra, violaciones de mujeres y privación de derechos a los niños.

⁵⁵³ Doc. A/47/666; S/24809, de 17 de noviembre de 1992.

⁵⁵⁴ Véase las palabras del Fiscal al respecto en *Prosecutor v Radovan Karadzic and Ratko Mladic*, (IT-95-18-R61/IT-95-5-R61), Transcript of Hearing, 28 de junio de 1996, pp. 128 y 129. Más tarde, el 11 de julio del mismo año, el Tribunal dictaminó que aunque no se haya llegado a cometer genocidio de manera concreta, la práctica reiterada de estos actos, es decir, de “limpieza étnica” o “depuración étnica” es suficiente para que se infiera la intención de cometerlo - orden de arresto emitida por el Tribunal: “Trial Chamber issues international arrest warrants against Karadzic and Mladic and rebukes Federal Republic of Yugoslavia and Republika Srpska for failing to arrest them” - (IT-95-5/18-I). Para conocer versiones de respetados académicos sobre la discusión véase Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2005, pp. 283-284; Martorel, Manuel, “Kurdistán. Entre la Limpieza Étnica y el Genocidio”, en *Revista Historia y Política*, n. 10, 2003, pp. 111-140; Cassese, Antonio et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 338; Schabas, William A., *Genocide in International Law*, University Press Cambridge, United Kingdom, 2000, p. 199.

Ginebra de 1949 y el artículo 17 del Protocolo Adicional II de 1977⁵⁵⁵. Sin embargo, estos instrumentos jurídicos no detallan de forma amplia la constitución del delito, y a pesar de ello, es ampliamente aceptado que su violación se considera un atentado contra los principios básicos del derecho internacional humanitario, inclusive de los derechos humanos fundamentales⁵⁵⁶.

Por consiguiente, se cuestiona la indiferencia de la comunidad internacional por este tema de manera concreta, específica y detallada, ni siquiera inmediatamente después de las dos Guerras Mundiales que provocaron de manera forzosa desplazamientos de dimensiones incalculables, como la política de la Alemania nazi de segregación forzosa y genocidio llevada a los extremos ante el silencio de las grandes potencias, que sólo enfocaron sus acusaciones dentro de los ilícitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, sin dar importancia específica a dicha práctica sobre expulsión y traslado forzoso de personas civiles de una localidad a otra para hacerla étnicamente homogénea⁵⁵⁷.

Pero en la actualidad tal práctica se considera inaceptable y condenada por distintos órganos de las Naciones Unidas⁵⁵⁸, en particular el Consejo de Seguridad. Inclusive, la magnitud de esta clase de acontecimientos motivó también la creación del TPIY, el cual se encargaría, *inter alia*, de analizar la “limpieza étnica” o “depuración étnica”, como posible elementos constitutivos del acto de genocidio.

Precisamente llegado a este punto el Consejo de Seguridad de la ONU decide ocuparse de la cuestión. El 6 de octubre de 1992 adopta la Resolución S/RES/780, en la que solicita al Secretario General de la ONU, el egipcio Butros Ghali, designar una Comisión de Expertos con la intención de examinar las violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario que reflejaban los informes y evidencias presentadas por el relator especial Tadeusz Mazowiecki y los organismos internacionales

⁵⁵⁵ Ambos instrumentos prohíben cualquier desplazamiento de personas civiles tendientes a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto, salvo por razones militares imperiosas o para mantener la seguridad.

⁵⁵⁶ Artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1977.

⁵⁵⁷ Mulaj, Klejda, *Politics of Ethnic Cleansing: nation-state building and provision of in/security in twentieth-century Balkans*, Rowman & Littlefield Publishers, United States of America, 2010, p. 163.

⁵⁵⁸ Véase el informe preparado por As Al-Khasawneh y R. Hatano, para el Consejo Económico y Social de la ONU, de 6 de julio de 1993.

aludidos⁵⁵⁹.

El primer informe elaborado por la Comisión de Expertos, confirmaba los informes precedentes realizados por el relator especial Tadeusz Mazowiecki. En él figuraban detalladamente las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre las que destacan del mismo modo la práctica de la “limpieza étnica” y “depuración étnica”, asesinatos en masa, torturas, detenciones arbitrarias, violaciones, así como destrucción de bienes civiles, culturales, religiosos, entre otras violaciones⁵⁶⁰.

Asimismo, la Comisión de Expertos indicaba los medios por los cuales verificó dichas violaciones; señala investigación *in situ*, por cinta de vídeo así como documentos relativos al caso por varios Estados, entre los que estaban la misma antigua Yugoslavia y las repúblicas secesionistas de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, y de otros Estados que en su momento ya los habían enviado a la Comisión de Derechos Humanos como Estados Unidos, Canadá, Alemania, Francia, Austria, etc. De la misma manera, apunta que recibió informes de organizaciones internacionales como la Comunidad Europea (Unión Europea), el Consejo de Europa, la Organización de la Conferencia Islámica, entre otras, y organizaciones no gubernamentales internacionales dedicadas a promover y coordinar la acción humanitaria en el mundo como Amnistía Internacional, Comité Internacional de la Cruz Roja, Médicos sin Fronteras, Liga Internacional de los Derechos Humanos, etc. Aunque la Comisión expresaba la necesidad de continuar aportando pruebas como las ya obtenidas por medios tangibles como declaraciones hechas por testigos, escritos forenses, películas, vídeos, fotografías, mapas, identificación de las víctimas, etc.⁵⁶¹.

En otro orden de ideas, el documento probatorio iba acompañado de una propuesta para

⁵⁵⁹ Esta Comisión de Expertos fue a su vez auxiliada por un grupo de especialista en ciencia y medicina forense, que tenía por finalidad comprobar la existencia de fosas comunes en la antigua Yugoslavia. Dicho grupo de especialistas fue conformado también por el Secretario General de la ONU, pero esta vez la solicitud provino de la Comisión de Derechos Humanos, que hizo la petición en su Resolución 1992/24. Ver Doc. E/CN.4/1993/20, 5 de febrero de 1993. Por otro lado, el Consejo de Seguridad ya había prescrito que quienes cometan u ordenen cometer violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, son considerados personalmente responsables de dichas violaciones. Ver resoluciones: 764 (1992), de 13 de julio y, 771 (1992), de 13 de agosto.

⁵⁶⁰ Con carácter general véase Doc. S/25274, de 10 de febrero de 1993.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pars. 8-14, y 32; pruebas aportadas en el anexo II.

establecer un tribunal penal internacional que se encargaría de aplicar las sanciones correspondientes⁵⁶². Recordemos que en todas las resoluciones pertinentes, el Consejo de Seguridad de la ONU señalaba que los culpables de violaciones graves del derecho internacional humanitario son individualmente responsables. Pues bien, es con el resultado de esas recomendaciones que el Consejo, finalmente, decide establecer el TPIY, como veremos en el siguiente apartado.

2. Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

El TPIY fue establecido por el Consejo de Seguridad de la ONU, en virtud las resoluciones S/RES/808, de 22 de febrero y S/RES/827 (1993)⁵⁶³, 25 de mayo de 1993

⁵⁶² *Ibidem*, par. 74.

⁵⁶³ De acuerdo a los artículos 11 y 12 de su Estatuto, el Tribunal se compuso de dos Salas de Primera Instancia integradas por tres jueces cada una, y una Sala de Apelaciones integrada por cinco jueces, además de un Fiscal y una Secretaría conjunta. En cuanto a la competencia *ratione materiae* del Tribunal, éste está facultado para conocer de las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2); violaciones a las leyes o usos de la guerra (artículo 3); el genocidio (artículo 4) y, de los crímenes de lesa humanidad. Dicho Tribunal solo tiene competencia para conocer de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de personas físicas, y su jurisdicción abarca todo el territorio de la extinta Yugoslavia, y va desde primero de enero de 1991, sin fecha de término, debido a que todavía cuando se creó el Tribunal en 1993, los combates continuaron en la República de Bosnia – Herzegovina hasta el 16 de diciembre de 1995 con la firma de los acuerdos de Dayton en Francia; pero el conflicto continuó con Serbia y la Provincia de Kosovo en 1999, y el ingreso de la OTAN el 24 de marzo del mismo año, hasta la conclusión de un acuerdo entre las Partes el 9 de junio del mismo año en Kumanovo, Macedonia. Existe una amplia bibliografía acerca del TPIY, sobre su competencia, jurisdicción y derecho aplicable véase a: Mettraux, Guénaél, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005; Zacklin, Ralph, “Some Major Problems in the Drafting of the ICTY Statute”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 2, 2004, pp. 361-367; Quel López, Javier, “La Competencia Material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados”, en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 75-104. Sobre el Tribunal en sentido general véase la siguiente bibliografía seleccionada: O’Brien, James F., “The International Tribunal...”, *loc. cit. supra* en nota 354, pp. 639-659; Szasz, Paul C., “The Proposed War Crimes Tribunal for Ex-Yugoslavia”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, n. 2, 1993, pp. 405-435; Meron, Theodor, “The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia”, en *Foreign Affairs*, vol. 72, n. 3, 1993, pp. 122-135; Meron, Theodor, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, en *AJIL*, vol. 88, n. 1, 1994, pp. 78-87; Pigrau Solé, Antoni “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n. 11, 1994, pp. 211-252; Pellet, Alain, “Le Tribunal Criminal International pour l’ex Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, en *Revue Générale de Droit International Public (RGIP)*, vol. 98, n. 1, 1994, pp. 7-60; Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., “The International Criminal Court for the Former Yugoslavia”, en *EJIL*, vol. 5, n. 3, 1994, pp. 360-380; Bassiouni, M. Cherif. “Former Yugoslavia: Investigating Violations of International Humanitarian Law and Establishing an International Criminal Tribunal”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 18, n. 4, 1994, pp. 1191-1211; Odio Benito, Elizabeth, «El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia – Justicia para la Paz», en *IIDH*, vol. 24, 1996, pp. 133-155; Aldrich, George H., “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *AJIL*, vol. 90, n. 1, 1996, pp. 64-69; Nassar Guier, Edgar, “El Fundamento Jurídico y la Competencia del Tribunal Internacional Encargado de Juzgar las Infracciones al Derecho Humanitario Cometidas en la Antigua Yugoslavia”, en *IIDH*, vol. 21, 1995, pp. 67-91; Delgado Cánovas, Juan B., *Análisis Crítico de la Legalidad...*, *loc. cit. supra* en nota 354.

respectivamente, constituyendo de inmediato un acontecimiento extraordinario, jamás visto desde la fundación de la ONU en 1945. Hasta ese momento, las grandes potencias como Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la Unión Soviética no se habían ocupado de ningún hecho similar desde que *motu proprio* instauraron los tribunales de Nüremberg (1945) y Tokio (1946). Por lo tanto, si en aquella época el hecho constituyó una novedad, ahora también, debido a que los tribunales creados lo han sido de manera institucional, es decir, dentro de la propia ONU, que representa prácticamente la totalidad de los Estados del mundo, y cuyos Miembros han conferido al Consejo de Seguridad competencia para tomar medidas eficaces para mantener la paz y la seguridad internacionales⁵⁶⁴.

En cualquier caso, la idea del establecimiento de un tribunal penal internacional para hacer frente a las violaciones graves del derecho internacional humanitario en el derecho internacional contemporáneo no es nueva, por lo menos en lo que respecta a su permanencia. Es así, porque la CDI, por mandato de la Asamblea de la ONU en 1947, ya se estaba haciendo cargo de una situación similar consistente en la elaboración de un Proyecto de Código de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, y la subsiguiente creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente⁵⁶⁵. Sin embargo, debido a la Guerra Fría, tal pretensión estaba pendiente, situación que fue aprovechada entonces para que la Asamblea reiniciara sus trabajos, y con ello poner en marcha nuevamente el sistema de justicia penal dentro de la propia ONU, de un hecho que viene impulsándose inclusive desde hace más de un siglo, cuando los cimientos del derecho internacional humanitario ya lo estaban contemplando en la señalada propuesta de Gustave Moynier en 1872⁵⁶⁶.

Por consiguiente, la decisión del Consejo de Seguridad de la ONU de establecer el TPIY en 1993, de ninguna forma se puede interpretar como una cuestión meramente

⁵⁶⁴ Pese a que el Consejo de Seguridad de la ONU solo lo integran 15 Miembros, de los cuales 5 son permanentes, los Estados en mayor o menor medida han subrogado en él importantes decisiones que afectan a la paz mundial, es decir, la facultad de decretar en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU, quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales, y tomar medidas oportunas para restablecerla, decisiones que todos sus Miembros deben respetar de acuerdo a los artículos 24 y 25 de dicha Carta. De manera que actualmente la legitimidad del Consejo no está puesta en duda, sobre todo cuando éste actúa de acuerdo a los propósitos y principios de la Carta y del derecho internacional general.

⁵⁶⁵ En 1947, por medio de la Resolución 177 (II), de 21 de octubre, la Asamblea General de la ONU recomienda a la CDI la elaboración de dicho proyecto

⁵⁶⁶ Sobre la propuesta de Gustave Moynier véase Keith Hall, Christopher, “Primera Propuesta de Creación...”, *loc. cit. supra* en nota 469.

filosófica, sino más bien una consecuencia de las violaciones graves y sistemáticas del derecho internacional humanitario que se estaban perpetrando durante el desarrollo de las hostilidades en la antigua Yugoslavia, poniendo en peligro la paz y la seguridad internacionales en la región. Del mismo modo, el devenir del Tribunal tampoco constituye en sí mismo una voluntad propia, más bien dicha decisión obedece también a las recomendaciones hechas en el informe preliminar realizado por la Comisión de Expertos, quien por mandato del mismo Consejo estaba estudiando esa posibilidad; de la misma manera que la propuesta inicial resultó de los comentarios surgidos en el seno de la CSCE⁵⁶⁷, según destaca el informe⁵⁶⁸.

Por otra parte, el establecimiento del Tribunal bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, como una de las medidas coercitivas no contempladas en la misma, pasó a ser el foco de atención en la mayoría de los Estados miembros de la ONU, sobre todo porque fue una decisión del Consejo de Seguridad, es un órgano político. Pero existen razones de peso que avalan dicha decisión.

En primer lugar, el Consejo de Seguridad, antes de decidir establecer el TPIY, concluyó que la situación constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y con arreglo a ello decidió adoptar la medida correspondiente. Se desprenden entonces dos cuestiones importantes a saber: por un lado, lo concerniente a cuándo una situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y por otro lado, el tipo de medida a adoptar.

⁵⁶⁷ Institución Internacional que organizó la Conferencia Internacional sobre la antigua Yugoslavia en agosto de 1992, con la intención de buscar fórmulas negociadoras de paz entre las repúblicas que la formaban. En la Conferencia, la CSCE jugó un papel importante en la pacificación del conflicto, tanto así que, como habíamos apuntado otrora, se opusieron a la división política del territorio, y por otro lado, cooperó con la supervisión de las sanciones impuestas por la ONU a Serbia y Montenegro. Durante la Conferencia, la CSCE propuso dividir el territorio de Bosnia-Herzegovina en regiones étnicas, pero la propuesta fue rechazada por los grupos de negociación, es decir, los bosnios-croatas y bosnios-serbios. En otro orden, la CSCE cambió de nombre en 1994, y pasó a llamarse lo que hoy se conoce como Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa. Sobre la CSCE en general véase, Rubio Plo, Antonio R., “El estatuto jurídico de la OSCE: percepciones opuestas de Washington y Moscú”, en *Instituto Real Elcano (ARI)*, n. 134, 2007; Rubio Plo, Antonio R., *La OSCE y su concepción de la seguridad: La convergencia de las organizaciones regionales europeas y de la OSCE en torno a una concepción integral de la seguridad*, Ministerio de Defensa, Centro de Publicaciones, 2008; Galbreth, David J., *Global Institutions: The Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)*, Routledge, New York, 2007; Bothe, Michael y otros, *The Osce in the Maintenance of Peace and Security: Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1997.

⁵⁶⁸ Vid. Doc. S/25274, de 10 de febrero de 1993, pars. 20 y 74.

Respecto a la primera, es decir, cuándo una decisión constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, es necesario destacar que ciertamente, aparte de las circunstancias fehacientes de muchas situaciones que nos parecen indiscutibles, es una decisión política del Consejo llegar a esa conclusión. Prerrogativa atribuida en la Carta en el artículo 39, sin condicionamientos.

En las resoluciones pertinentes al establecimiento del tribunal, el Consejo determinó que la situación en la antigua Yugoslavia constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, determinación que obedeció a la preocupación mostrada por los constantes informes sobre violaciones del derecho internacional humanitario que citaba en los preámbulos de las resoluciones pertinentes. Así también lo estaba afirmando en resoluciones posteriores al inicio del conflicto⁵⁶⁹. Lo que viene a significar la importancia que para el Consejo y la ONU en general estaba representando el respeto al derecho internacional humanitario⁵⁷⁰.

En efecto, la posición del Consejo se encamina hacia una redefinición del concepto amenaza a la paz y la seguridad internacionales, como así reconocieron el ex Secretario General Boutros Ghali⁵⁷¹ y la Asamblea General de la ONU⁵⁷² sin mostrar

⁵⁶⁹ Entre ellas estaban: S/RES/764, de 13 de julio de 1992; S/RES/771, de 13 de agosto de 1992, y S/RES/780, de 6 de octubre de 1992.

⁵⁷⁰ Gradiztky, Thomas, “*La responsabilidad internacional por la violación de Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de conflicto armado interno*”, en *RICR*, n. 145, marzo de 1998, pp. 31-61, ver versión electrónica en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkb.htm>, fecha de consulta 24 de agosto de 2013. Si bien es cierto que el Consejo apunta a las violaciones del derecho internacional humanitario de manera específica, lo hace por la circunstancia del momento, es decir, porque acontece un conflicto armado. En todo caso, muchas de las violaciones enunciadas constituían también violaciones de los derechos humanos fundamentales, debido a que como se ha afirmado, disposiciones relativas al derecho internacional de los derechos humanos no cesan durante el desarrollo de conflicto, salvo la disposición prevista en el artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Político de 1966. Ha sido la primera vez que el Consejo determina que las violaciones del derecho internacional humanitario constituyen amenaza a la paz y seguridad internacionales. Durante la crisis racial del apartheid en Sudáfrica, concretamente en 1977, el Consejo de Seguridad declaró que esa política y los actos del gobierno, así como la adquisición de armas, constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales (Resolución 418 de 4 de noviembre de 1977). Es evidente que la política del apartheid atenta gravemente contra los derechos humanos fundamentales, por esa razón demostró ser la principal preocupación del Consejo. No obstante, ese hecho estuvo lejos de significar una práctica reiterada del Consejo, porque en una situación similar evitó pronunciarse de la misma manera. Fue el caso del apartheid en Rhodesia del Sur, allí el gobierno ilegalmente instaurado llevaba a cabo una policía de represión contra la población civil, arrestos, ejecuciones arbitrarias, apartheid, etc., suficiente para que declara la situación como amenaza a la paz y seguridad internacionales, y así lo hizo en varias ocasiones, pero solo usando el concepto de rebelión como fundamento (Resolución 232, de 16 de diciembre de 1966; 253, de 29 de mayo de 1968).

⁵⁷¹ Vid. informe del Secretario General S/25/704, de 3 de mayo de 1993, de conformidad con la Resolución 808 (1993).

preocupaciones. Ello podría ser visto como una ampliación de las atribuciones que la Carta le confiere sin límite alguno, tomando como fundamento una interpretación teleológica y evolutiva; lo cual es visto con preocupación por la doctrina en razón de que ello pueda usarse deliberadamente, extralimitando sus competencias y actuando *ultra vires*⁵⁷³.

Así lo puso de manifiesto también el profesor Remiro, quien analiza las consecuencias de esta acción del Consejo sobre sus atribuciones para declarar cuándo una situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Según el profesor, en el ámbito de esta actuación una norma de *ius cogens* podría ser fácilmente violada si no se cuenta con un control de los actos emanados de la Carta o de una norma imperativa⁵⁷⁴.

Por otra parte, respecto a la segunda cuestión, es decir, las medidas que el Consejo puede adoptar para hacer frente a una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, éstas están contempladas en los artículos 41 y 42 de la Carta. Las mismas tienen carácter coercitivo porque son impuestas para forzar a restablecer la paz y la seguridad internacionales, y van desde los usos menores fuerza hasta los usos mayores.

De acuerdo al artículo 39 de la Carta, el Consejo de Seguridad puede adoptar cualquier medida de las contempladas en los artículos 41 y 42. El primero trata sobre medidas que no implican el uso de la fuerza (usos menores de fuerza) como: interrupción total o parcial de las relaciones económicas, comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, medios de comunicación y ruptura de las relaciones diplomáticas. En cambio, el artículo 42 sí implica el uso de la fuerza en grandes proporciones, como lo puede ser: usar las fuerzas aéreas, navales o terrestres para hacer cumplir las medidas adoptadas con relación al artículo 41, o cualquier otra tendiente a restablecer la paz y la seguridad internacionales, según enuncia.

⁵⁷² Asamblea General, Resoluciones 49/10 (1994), de 3 de noviembre, párr. 27; 48/153 (1994), de 7 de febrero, par. 8, 26 y 31 y la Resolución 47/235 (1993), de 14 de septiembre, y por la mayoría de los Estados.

⁵⁷³ Gowlland Debbas, Vera, "The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", en *AJIL*, vol. 88, n. 4, 1994, pp. 643-677 (665 y ss.).

⁵⁷⁴ Remiro Brotóns, Antonio, "La diversificación material del Derecho Internacional y su expansión, preguntándose sobre el temor que ha surgido acerca de la pérdida de la unidad del sistema y el riesgo de fragmentación del Derecho Internacional", en *Revista Puente @ Europa*, año V, 2, 2007, pp. 24-27 (26); también, Gowlland Debbas, Vera. "Security Council Enforcement Action and Issues on State Responsibility", en *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol. 43, n. 1, 1994, pp. 55-98 (91-98).

Como se puede observar, las medidas contempladas en el Capítulo VII ni se consideran exhaustivas ni excluyentes⁵⁷⁵ porque literalmente el artículo 41 usa la expresión “podrá decidir qué medidas”, lo que significa que dicho Órgano puede manejar de manera discrecional esa facultad, decidiéndose por otras medidas que considere oportunas. De aquí que Gowlland Debbas hable de competencias implícitas a las que puede recurrir el Consejo para hacer efectivas sus decisiones, las cuales le podrían otorgar poderes ilimitados, con el riesgo de hacer un uso inadecuado de ellas y a tal efecto desbordar sus funciones⁵⁷⁶.

En cualquier caso, si bien el establecimiento del TPIY deja de ser una medida contemplada expresamente en el artículo 41, nunca puede ser considerada como desacertada por las razones que hemos enunciado. Por otro lado, la misma se inscribe también dentro del artículo 29 de la Carta, que autoriza al Consejo a crear organismos subsidiarios cuando lo considere necesario para el desempeño de sus funciones, siendo una de las principales mantener la paz y la seguridad internacionales. En esa misma línea es preciso recordar las resoluciones creadoras del Tribunal, las cuales fueron adoptadas con ese fin.

Respecto a la creación de órganos subsidiarios, en 1991, mediante la Resolución 687 de 3 de abril, el Consejo había hecho uso de esta facultad al crear una Comisión encargada de administrar un fondo para responder a las reclamaciones o indemnizaciones procedentes de las víctimas afectadas por el conflicto⁵⁷⁷. La práctica continuó con las *comisiones de desarme*⁵⁷⁸, generalmente con el consentimiento de los Estados afectados, sin que ello sea un condicionante puesto que lo puede hacer como medida coercitiva bajo el Capítulo VII. En ese sentido, se define el Tribunal como un órgano

⁵⁷⁵ Huesa Vinaixa, Rosario, “El Tribunal Internacional para Juzgar los Crímenes Cometidos en la ex Yugoslavia y la Sanción Internacional de los Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* 1994, pp. 157-194 (176); Vradenburgh, Anna M., “The Chapter VII Powers of the United Nations Charter: Do they Trump Human Rights Law”, en *Loyola of Los Angeles International Law and Comparative Law Review*, vol. 14, n. 1, 1991, pp. 175-205 (179).

⁵⁷⁶ Gowlland Debbas, Vera, “The Relationship between the International Court of Justice...”, loc. cit. supra en nota 573, p. 665.

⁵⁷⁷ Carrillo Córdoba, Ana M. y Pérez Gil, Luis V., “Consideraciones Acerca del Instrumento...”, loc. cit. supra en nota 473, p. 228. Opinión contraria a ésta posición véase Perez-Prat Durban, Luis, “Un Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia”, en *Derechos y Libertades Fundamentales: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, 1993-1994, pp. 519-540 (523).

⁵⁷⁸ Véase los casos armados señalados de Haití y Somalia.

subsidiario del Consejo, que aunque sea de carácter judicial tampoco contraviene el artículo 29 ni el 41, pues ambos artículos fueron redactados con la posibilidad de ampliar las competencias del Órgano respecto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, medidas que en todo caso deben estar sujetas a los propósitos y principios de la Carta, de donde emana su autoridad principal de acuerdo al artículo 2.7.

Esta postura de inmediato fue apoyada por el mismo Tribunal recién creado en el caso *Dusko Tadic*. Es así porque La Sala de Primera Instancia evadió pronunciarse sobre el fondo de esta cuestión por entender que las decisiones del Consejo no son revisables y que tanto carece de competencia para estatuir sobre su decisión, impidiéndole de esta manera examinar la legalidad de sus actos⁵⁷⁹. Entonces, la excepción de incompetencia formulada pasó a conocerse en la Sala de Apelaciones, quien declaró que podría cuando fuere necesario evaluar la legalidad de las acciones del Consejo para permitirse actuar con autoridad en los casos que le sean sometidos, en suma, reconoció que ciertamente es un órgano subsidiario con características especiales creado por el Consejo como medida tendiente a restaurar y mantener la paz y seguridad internacionales en la antigua Yugoslavia⁵⁸⁰.

Efectivamente, la constitución del TPIY, pese a ser una medida controvertida, resulta difícil cuestionar su legalidad en cuanto a que, tal y como fue redactada la Carta respecto a las funciones del Consejo sobre todo en el Capítulo VII, éste puede manejar de manera discrecional sus atribuciones, cuando de adoptar una decisión se trata. Ello va en consonancia con el significado de la expresión *mantener la paz y seguridad internacionales*, que de por sí sugiere la necesidad de abarcar poderes amplios para llevarla a cabo, donde difícilmente fuera efectivo si contara con competencias muy limitadas.

⁵⁷⁹ Véase en *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 1-40.

⁵⁸⁰ *Idem*, pars. 15 y 38. Por otra parte, este tema ya había sido tratado en la Corte Internacional de Justicia cuando la Asamblea General de la ONU elevó una opinión consultiva sobre los efectos de la creación de un Tribunal Administrativo para dirimir las controversias entre su personal administrativo y la Organización, y a tal efecto, la Corte dictaminó que todo depende de la intención de la Asamblea, debido a que carece de funciones judiciales, es decir, de la relación entre ambos, de si ha creado un órgano subsidiario, subordinado o secundario; en suma concluyó que su decisión consistió en crear un órgano judicial con Estatuto propio, quedando ella misma obligada a respetar las decisiones tomadas por los jueces; decisión que viene avalada porque tiene capacidad jurídica con arreglo a la Carta para hacerlo. Vid. CIJ, Advisory Opinion, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, 13 July 1954, par. 61, p. 18.

Por otra parte, previo al establecimiento del Tribunal se estuvo dilucidando la posibilidad de que el mismo fuera creado por la vía convencional⁵⁸¹ y así prescindir de lo institucional, entre otras razones porque el Consejo de Seguridad es un Órgano poco representativo, y porque una convención le hubiera dado mayor legitimidad por la cantidad de Estados que hubiesen dado el consentimiento, así se habían creado hasta el momento los tribunales regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte IDH.

Sin embargo, la elección de la vía convencional presentaba algunas dificultades a tomar en cuenta, como preparar el Estatuto para la negociación, convocar a los Estados seleccionados, bien sean de Europa o de la comunidad internacional en su conjunto para su estudio y aprobación, y determinar el número de ratificaciones exigidas para su puesta en funcionamiento⁵⁸². Todo ello hubiera exigido tiempo, pero la situación en la antigua Yugoslavia necesitaba de respuesta rápida, urgía la adopción de una medida que hiciera efectivo restablecer la paz y seguridad internacionales, y contribuyera asimismo a paralizar la masacre de personas civiles y atentados contra la población civil, en concreto, detener las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Por otro lado, procurar que los culpables fueran llevados a juicio de manera diligente ante un tribunal con la intención de evitar la impunidad de los autores.

Por esas razones predominó el enfoque institucional vía el Consejo de Seguridad, con todas las consecuencias sobrevenidas, en el sentido de haber parecido más un órgano dependiente de las grandes potencias y no de la comunidad internacional en su conjunto, al obviarse el hecho de que fuera la Asamblea General la artífice de esa medida porque

⁵⁸¹ Entre los países que optaron y propusieron la vía convencional estuvieron los integrantes de la CSCE, así como China y Brasil. Vid. Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., "The Internacional Criminal Court...", *loc. cit. supra* en nota 563, p. 362; Nassar Guier, Edgar, "El Fundamento Jurídico y la Competencia del Tribunal Internacional...", *loc. cit. supra* en nota 563, pp. 71-72; Delgado Cánovas, Juan B., *Análisis Crítico de la Legalidad de la Creación por las Naciones Unidas...*, *loc. cit. supra* en nota 563, p. 34.

⁵⁸² Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., "The Internacional Criminal Court...", *loc. cit. supra* en nota 563, p. 361; Szasz, Paul C., "The Proposed War Crimes Tribunal...", *loc. cit. supra* en nota 563, pp. 405-435 (410 y ss); Quezada Alcalá, Carmen, "Algunas Consideraciones sobre el Establecimiento de Constitución de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*", en *Homenaje a Luis Arrojo Ajuria: escritos jurídicos*, Cívitas (2003), pp. 1099- 1115 (1100-1101); véase, opinión del Secretario General en su informe, Doc. S/25704, 3 de mayo de 1993; véase también el informe del Comité de Juristas Franceses, Doc. S/25266, 10 de febrero de 1993.

tiene más representatividad, pues la forman prácticamente la totalidad de los Estados del mundo. Pero nuevamente se hubieran conjurado problemas técnicos, como lo señalado en el artículo 12 de la Carta, según el cual se prohíbe a la Asamblea General tratar temas que estén siendo analizados por el Consejo al mismo tiempo, a menos que éste se lo solicite.

No obstante, creemos que el establecimiento del TPIY por el Consejo de Seguridad de alguna manera cumple con los deseos de la mayoría de los Estados representados en la ONU, en el sentido de que los hechos acaecidos en la antigua Yugoslavia necesitaban de una respuesta rápida y contundente, donde el uso de la fuerza hubiera sido la última de las opciones. Por otro lado, fue una medida tendiente a contener la ola de impunidad con la que salen victoriosos los culpables de crímenes atroces en la mayoría de los conflictos armados de la actualidad; es una forma de hacer respetar las obligaciones dimanantes de los derechos humanos fundamentales⁵⁸³, así como mitigar la conducta de los criminales durante el conflicto.

La conclusión de la labor del Tribunal ha sido pospuesta en varias ocasiones, en las Resoluciones S/RES/1503, de 28 de agosto de 2003, y S/RES/1534, de 26 de marzo de 2004, el Consejo de Seguridad solicitó al Tribunal hacer lo posible para que terminara sus investigaciones para finales de 2004, todos los procesos en primera instancia para finales de 2008, y el cierre en 2010. La segunda, en la Resolución S/RES/1966, de 22 de diciembre de 2010, se estableció que concluya toda su labor a más tardar el 31 de diciembre de 2014, al tiempo de que acuerda la creación de un Mecanismo Residual Internacional con el propósito de asumir la transición de la jurisdicción, los derechos y obligaciones del Tribunal, a operar a partir del 30 de junio de 2011, con la facultad de remitir causas a los tribunales nacionales. Habiendo concluido el año 2014 sin que el Tribunal haya finalizado todas sus causas, el Consejo nuevamente extendió su período hasta el 31 de diciembre de 2015 o hasta que concluyan las causas abiertas (Resolución S/RES2193, de 18 de diciembre de 2014).

Hasta marzo de 2013, el Fiscal había levantado cargos contra 161 personas por

⁵⁸³ Vid. Akhavan, Payan “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Actrocities”, *AJIL*, vol. 95, n. 1, 2001, pp 7-31 (30); Carrillo Salcedo, Juan A. “La Cour Pénale Internationale: L’Humanité trouve une dans place le Droit International”, en *Révue Générale de Droit International Public*, vol. 103, n. 1, 1999, pp. 23-28 (23).

violaciones graves del derecho internacional humanitario, quedando como sigue: 136 casos concluidos; 69 condenados; 18 absueltos; 13 referido a la jurisdicción nacional; 25 casos se encuentran en la Sala de Apelaciones (21 en espera de juicio, y 4 en proceso); 36 se les han retirado los cargos o han fallecidos; 24 se encuentran bajo custodia en la Unidad de Detención del TPIY; 26 se declararon culpables⁵⁸⁴.

Sección Segunda. Conflicto armado en Ruanda y Sierra Leona

I. Conflicto armado en Ruanda (1990-1994). Tipología del conflicto

Cuando todavía se encontraba en desarrollo el conflicto armado en la antigua Yugoslavia⁵⁸⁵, la comunidad internacional ya tenía puesta la atención en otro de los conflictos armados étnicos que se estaban produciendo en la región africana de los Grandes Lagos. Pero la labor realizada por la ONU, y en concreto por el Consejo de Seguridad, de ningún modo estuvo a la altura de sus funciones ni de la lección aprendida en la antigua Yugoslavia, es decir, se abstuvo de adoptar medidas urgentes eficaces que pudieran evitar daños mayores cuando de por sí ya había calificado la situación como amenaza a la paz y seguridad internacionales. Por ello, el conflicto armado étnico en Ruanda de 1994 provocó otra catástrofe humana de dimensiones incalculables.

Pese a profundas diferencias entre Ruanda y la antigua Yugoslavia en lo económico, social y lo cultural⁵⁸⁶, y en cuanto a que es un país relativamente muy pequeño con apenas el 10 por ciento del antiguo territorio yugoslavo; la perpetración de genocidio fue principalmente una de las característica comunes que ambos Estados escenificaron,

⁵⁸⁴ Información suministrada por la web del TPIY, actualizado hasta 3 de septiembre de 2013. Ver: <http://www.icty.org/>. Fecha de consulta 22 de septiembre de 2013.

⁵⁸⁵ Los acuerdos de Dayton (Ohio, Estados Unidos) pactados a mediados de 1995 y firmados el 14 de diciembre del mismo año en París (Francia), entre Estados Unidos, Rusia, Alemania, Francia, el Reino Unido, la República de Bosnia-Herzegovina, la República Federativa de Yugoslavia y la Unión Europea, fue lo que de momento trajo la paz a la antigua Yugoslavia. En ellos se puso de manifiesto la división política y territorial de Bosnia-Herzegovina en dos partes: croata-musulmana y serbio-bosnia; se pactó además establecer una nueva constitución y celebrar elecciones libres y democráticas; la reconstrucción de la ciudad, la creación de un cuerpo policial, la conversión de las fuerzas de paz de la ONU (UNPROFOR) por la Fuerzas Especiales de Implementación de la OTAN (IFOR), encargada de vigilar lo acordado, entre otras cuestiones de interés. Véase el texto completo de los acuerdos en la revista *U.S. Department of State Dispatch Supplement, Volume 7, Number 1*. Algunos comentarios sobre dichos acuerdos se pueden ver en Szaz, Paul Zaclin, "The Protection of Human Rights Through the Dayton/París Peace Agreement on Bosnia", en *AJIL*, vol. 90, n. 2, 1996, pp. 301-315.

⁵⁸⁶ Ruanda en un Estado paupérrimo, que vive bajo la línea internacional de la pobreza, de 1,25 dólares americanos por persona al día.

y que rememoraron las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, especialmente con la política alemana nazi de exterminio contra los judíos.

En relación a la historia del conflicto armado en Ruanda 1990-1994, la característica principal fue la lucha por el poder político más que la idea de separación, división o secesión del Estado como en la antigua Yugoslavia. En efecto, en el caso ruandés existía una situación que exacerbaba las rivalidades de una sociedad pluriétnica y con profundas diferencias nacionalistas. En ese sentido, podríamos concluir de inmediato que dicho conflicto se distinguió por ser interno, pero al mismo tiempo por ser una consecuencia de conflictos sucesivos, se hace necesario estudiar cómo y por qué se originó, para entender mejor la catástrofe humanitaria producida en 1994.

Cuando los colonizadores alemanes llegaron para establecerse en 1894, en el contexto del reparto de las potencias europeas en la Conferencia de Berlín en 1885, jamás percibieron luchas políticas ni rivalidades étnicas entre grupos dominantes. La sociedad estaba gobernada por el rey Rwabugiri, rey de todas las tribus, siendo la mayoría tutsis y hutus. Alemania permaneció por 24 años sin modificar la estructura política ni social del territorio⁵⁸⁷.

Tras la derrota de Alemania durante la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones, en virtud del artículo 22 del Tratado de Versalles de 1929, encomendó Ruanda a Bélgica con el compromiso de prepararlo para su independencia, es lo que se conoció como un mandato de tipo B, destinado a los territorios que tenían un nivel de desarrollo muy bajo⁵⁸⁸. Las luchas por el poder político se remontan precisamente a esta época, porque el adoctrinamiento organizado por las autoridades belgas en el territorio consistió en beneficiar más a los tutsis que a los hutus en todos los estamentos de la estructura política, económica y social⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Melvern, Linda, *A people betrayed: the role of the West in Rwanda's genocide*, New Africa Education Publishing, South Africa, 2000, p. 7.

⁵⁸⁸ Aracil, Rafael y otros, *El Mundo Actual. De la Segunda Guerra Mundial a Nuestros Días*, editorial Universitat de Barcelona, Barcelona, 1998, pp. 127 y ss; Delgado Cantú, Gloria M. y otros, *Historia Universal. De la Era de las Revoluciones...*, loc. cit. supra en nota 532, pp. 242-243.

⁵⁸⁹ Gourevitch, Philip, *Queremos informarle de que mañana seremos asesinados junto a nuestras familias. Historia de Ruanda*, traducido por Marita Osés, editorial Destino, Barcelona, 1999, p. 64.

Ello originó las rivalidades étnicas y exacerbó los sentimientos nacionalistas, sobre todo entre los hutus, porque entendieron que este aislamiento segregacionista provenía de su anatomía física de tamaño medio, rasgos faciales de nariz achatada y color más oscuro, por lo que les hacía parecer seres inferiores frente a sus adversarios y frente a los europeos⁵⁹⁰. Sin embargo, mientras gobernaba su rey, el señor Mutara III, tampoco se vislumbraba un enfrentamiento armado entre las etnias sino hasta su muerte en 1959. Éste hecho se convirtió en el preludio de un conflicto armado interno intermitente, que una vez ocurrido, se fue prolongando en el tiempo, y que las autoridades belgas ignoraron por completo antes de retirarse.

Así pues, tras la muerte del rey, los hutus destronaron la monarquía y fundaron la República de Ruanda en 1962 sin todavía poseer estructura de Estado. La mayoría de los tutsis emigraron a los Estados limítrofes de Burundi, Tanzania, Uganda, Zaire (hoy República Democrática del Congo / RDC)⁵⁹¹. Finalmente, en julio de 1962, movidos por el mandato de la Sociedad de Naciones y ahora por la ONU, Bélgica decide hacer desaparecer los últimos vestigios institucionales de la monarquía y deja el equilibrio de poder entre hutus y tutsis⁵⁹². Pero el mandatario instalado, el señor Grégoire Kayibanda, de la etnia hutus, implantó una dictadura y terminó expulsando a los últimos tutsis que continuaban ejerciendo funciones políticas y públicas. Es entonces cuando el Estado recién creado por las autoridades belgas se convierte en un Estado fallido, es decir, con la posibilidad de que la situación política de un Estado con un gobierno totalitario degenerara en un conflicto armado.

Las tensiones al interior provocaron que ni siquiera los integrantes de su propio partido, de su etnia, le toleraban sus acciones discriminatorias; por ello, en 1973, el general hutu Juvénal Habyarimana, quien presidía las Fuerzas Armadas Ruandesas, alegando falta de legitimidad frente a todos los grupos nacionales, mediante un golpe de estado desplaza

⁵⁹⁰Torres Pérez, María y Bou Franch, Valentín, *La contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 23.

⁵⁹¹Karhilo, Jaana, "The Establishment of the International Tribunal for Rwanda", en *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, n. 4, 1995, pp. 683-713 (684).

⁵⁹²La representación belga no cumplió fielmente lo establecido en las resoluciones de la ONU, es decir, la 1514 (XV), de 12 de diciembre de 1960, y la 1651 (XVI), de 15 de noviembre de 1961, que promovían el cumplimiento de los derechos y obligaciones contraídos por los Estados antiguamente Miembros de la Sociedad de Naciones que tenían mandatos. En virtud del Mandato B, se esperaba que Bélgica convocara a elecciones libres para la independencia en Ruanda, como se deduce del texto de dichas resoluciones, que sugerían el traspaso de poderes libremente expresado, sin distinción de raza, color ni credo.

del poder a Grégoire Kayibanda, naciendo de esta manera la llamada II República. De inmediato proclamó continuar con la “*revolución moral*” que destronó la monarquía tutsi en 1959⁵⁹³.

Mientras el derrocamiento del gobierno anterior ocurrió en medio de un conflicto armado de poca duración, el gobierno ilegítimo instalado de Habyarimana trajo de momento la paz. Sin embargo, desaprovechó la oportunidad de cumplir con la promesa hecha de gobernar para todos los grupos nacionales, muy por el contrario, continuó con la política segregacionista que dejaba fuera de la participación política a los tutsis⁵⁹⁴. Por lo que de esta manera, se destacó también por imponer una tiranía similar a la de su antecesor.

Con la Constitución de 1978, Habyarimana fundó un partido único, el Movimiento Revolucionario Nacional para el Desarrollo (MRND), y sin permitir la creación de partidos de oposición, decidió perpetuarse en el poder varias veces, como todo gobernante antidemocrático. El escenario político seguía siendo caótico, pero estos factores propios de los Estados fallidos, como hemos señalado, de ningún modo provocaron el resurgimiento del conflicto armado que lo llevó al poder.

Durante la época de la Guerra Fría predominaban los golpes de Estado, las tiranías y los conflictos armados internos. Estos conflictos, muchas veces patrocinados por las grandes potencias, imponían los gobernantes mediante una abusiva intervención en los asuntos internos de los Estados que representaban sus intereses estratégicos. De ahí que éstos se produjeran ante la pasividad de la comunidad internacional, y mientras se producían, el hambre y la miseria y la falta de cultura amenazaba la estabilidad política y social de los países sometidos a dictaduras.

Ruanda de ninguna manera representaba ser una excepción. El gobierno de Habyarimana se derrumbaba por la hambruna y el descontento que padecía la población ante la falta de alimento; las arcas del Estado se agotaban y ahora dependían en su

⁵⁹³ En general véase Mamdani, Mahmood, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princeton University Press, Princeton, 2001.

⁵⁹⁴ El sentimiento anti-tutsi estaba muy arraigado en la vida política y social de los hutus. El hecho de que su vecino país Burundi estuviera gobernado por la etnia tutsi, tratando a los hutus de la misma forma que cuando estuvieron éstos gobernados por los tutsi en Ruanda durante la monarquía, exacerbó ese sentimiento nacionalista.

mayor parte de la ayuda extranjera para subsistir. Todos estos factores anunciaban el advenimiento de un gran estallido social, promovido por la lucha por el poder político y las rivalidades comunes entre los dos grupos mayoritarios nacionales, los tutsis y los hutus.

La época de 1990 daría inicio a los llamados conflictos armados internos intermitentes, pues a pesar de que Habyarimana tomó el poder por medio de un golpe de Estado, el conflicto armado reinante de ese entonces había sucumbido en el tiempo por la propia dictadura. Es lo que se conoce como dictadura con apoyo popular, que a pesar de tener descontenta a la población mediante un uso abusivo de la fuerza militar, o simplemente limitando los derechos y libertades fundamentales propios de una sociedad libre y democrática, la situación reinante no desemboca en un conflicto armado, como es el caso de Cuba y otros países del mundo africano y asiático.

Sin embargo, como se ha indicado, en octubre de 1990 la situación cambia, los tutsis ruandeses exiliados en Uganda formaron el Frente Patriótico Ruandés (FPR) con la esperanza de regresar a su tierra natal, promover políticas de reconciliación nacional, eliminar las adversidades entre las etnias así como cualquier filosofía que pudiera incitar a la exacerbación de los nacionalismos, entre otras cuestiones, rescatar el Estado de la pobreza e impulsar un desarrollo sostenible. Pero el FPR lo hizo invadiendo la zona norte del país y declarando la guerra a Habyarimana⁵⁹⁵, y pese a detener su avance, Estados Unidos, Francia y Bélgica decidieron inmiscuirse en la situación política de Ruanda, obligándole a retroceder, por lo que las hostilidades cesaron de momento. La participación de los Estados aludidos fue suficiente para que el Consejo de Seguridad de la ONU se abstuviera de pronunciarse al respecto, ni produjera ninguna resolución condenando la situación.

En primer lugar, Francia se ofreció como mediador, y logró que en junio de 1991 Habyarimana anunciara una nueva Constitución para permitir el multipartidismo. Eso trajo como consecuencia la elección de Nsengiremye Dimes como presidente en las elecciones del 16 de abril de 1992, de la misma etnia hutu y del partido opositor Movimiento Democrático Republicano (MDR). Dos meses más tarde, con el objetivo de

⁵⁹⁵ Waugh, Colin M., Paul Kagame and Rwanda... *loc. cit. supra* en nota 169, p. 27.

establecer acuerdos futuros, se reunieron en París los principales partidos surgidos después de la promulgación de la nueva Constitución del año anterior, estando presentes el propio partido de gobierno MDR, el FPR, Fuerzas Democráticas para el Cambio (FDC), el Partido Social Demócrata (PSD) y el Partido Liberal (PL).

Los acuerdos se firmaron en Arusha (Tanzania), el 3 de agosto de 1993, entre Ruanda y Uganda⁵⁹⁶. Entre los principales puntos del Acuerdo estaban: abstenerse de prohibir el derecho que tienen los exiliados tutsis que se encontraban en Burundi y otros Estados limítrofes de regresar a su país, en cumplimiento del párrafo 4 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁵⁹⁷; la orden de crear un nuevo ejército nacional; la continuidad de Habyarimana como presidente hasta que la conformación de un gobierno de transición nacional convocara a elecciones en que participaran todas las fuerzas políticas. Los detalles de todos los acuerdos de paz parecían llevar esperanzas alentadoras; sin embargo, los partidarios de Habyarimana lo interpretaron como una traición a sus principios, y nuevamente resurgieron las tensiones entre las etnias, especialmente en la frontera norte, donde aguardaban la entrada del FPR; lo que reflejó las grandes desavenencias al interior de su partido⁵⁹⁸.

Por otra parte, la situación política de Burundi a lo largo de su historia ha repercutido siempre en la política interna de Ruanda, por lo menos en cuanto a la lucha por el poder político se refiere, también por las rivalidades étnicas entre los dos Estados, porque sus problemas internos han sido muy similares. Allí, el país estaba sometido a una dictadura tutsi, instaurada desde la retirada de Bélgica en 1962. Los belgas también agravaron las rivalidades étnicas al dividir la población entre tutsis y hutus, siendo del mismo modo la etnia hutu la de mayor número de habitantes como en Ruanda. Por ello, entendemos que la comunidad internacional debió dar un mayor protagonismo a Burundi para democratizar sus instituciones al tiempo que se ocupaba de Ruanda, a fin de evitar que

⁵⁹⁶ El Secretario General de la ONU, el señor Boutros Ghali, fue uno de los auspiciadores, pero también el presidente de la República Unida de Tanzania, señor Ali Hassan Mwinyi; el presidente del Zaire (República Democrática del Congo), señor Mobutu Sese Seko; el presidente de la República de Senegal, señor Abdou Diouf; el presidente de la República Árabe de Egipto, señor Hosni Mubarak; el Secretario General de la Organización para la Unidad Africana, señor Salim Ahmed Salim; y representantes especiales de Estados Unidos, Alemania, Francia, Bélgica, Uganda, Burundi, Nigeria y Zimbawe.

⁵⁹⁷ El Pacto dispone que nadie puede ser impedido arbitrariamente de regresar a su país. Se adoptó esta disposición porque el gobierno de Habyarimana les había impedido a los exiliados tutsis regresar a Ruanda.

⁵⁹⁸ Prunier, Gérard, *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*, Columbia University Press, Nueva York, 1997, p. 424.

el surgimiento de una crisis política étnica fuera interpretado por las etnias de Ruanda como un ataque a sus hermanos vecinos.

Retomando el conflicto armado en Ruanda, éste se desarrollaba sin mayor intensidad, y para evitar una guerra civil de grandes proporciones, Francia solicita esta vez al Consejo de Seguridad de la ONU que autorice el establecimiento de una Misión de Paz para salvaguardar los Acuerdos de Arusha⁵⁹⁹. A la sazón, es por medio de la Resolución 846 (1993), de 22 de junio, que el Consejo decide establecer la UNOMUR, con el compromiso de vigilar la frontera entre ambos países y evitar la entrada de armas a Ruanda. Más tarde, esa Misión es sustituida por la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda (UNAMIR), establecida en virtud de la Resolución 872 (1993), de 5 de octubre, con una responsabilidad mayor que la anterior, pero manteniendo la neutralidad. Tenía el deber de contribuir a la seguridad de Kigali, Capital de Ruanda, a la verificación de la cesación del alto el fuego, y también de supervisar el mandato de gobierno de transición, colaborar en la limpieza de las minas, etc.

Aunque el acercamiento de la comunidad internacional, digamos en este caso la ONU, y por otro lado, algunos Estados como Francia, Estados Unidos, Uganda y Tanzania estuvieron interesados en la situación política de Ruanda a principios de los años noventa, llegaron tarde para mantener la paz en la región de los Grandes Lagos. Sin embargo, como se ha indicado, el desinterés por lo que pasaba en Burundi repercutía en Ruanda entre sus etnias. Allí, los opositores hutus también eran perseguidos y asesinados por los gobernantes de las dictaduras tutsis.

Por ello, cuando fue asesinado el primer presidente hutu de Burundi, señor Melchior Ndadaye, el día 21 de octubre de 1993, y apenas 3 meses después de resultar electo presidente, los hutus de Ruanda responsabilizaban a los tutsis de dicho asesinato. Por tanto, el Acuerdo de Paz de Arusha no estaba produciendo los efectos deseados, llevar la paz a Ruanda, y su repercusión en toda la región de los Grandes Lagos.

⁵⁹⁹ Los artículos 53 y 54 del Acuerdo de Paz de Arusha preveían el establecimiento por la ONU de una fuerza multinacional de paz neutral, con la finalidad de verificar el cumplimiento del Acuerdo, cuya responsabilidad recaía en el Secretario General de la ONU.

A *sensu contrario*, seis meses después, el 6 de abril de 1994, el aún presidente de Ruanda, Habyarimana, y el nuevo presidente electo de Burundi, Cyprien Ntaryamira, fueron asesinados por un misil que impactó en el avión donde viajaban cuando regresaban de Arusha. Mientras Burundi se sumía en el caos, el gobierno de transición de Ruanda designaba a Agathe Uwilingiyimana como primer ministro, y de inmediato fue asesinada⁶⁰⁰.

Como consecuencia de los constantes asesinatos de presidentes, era inevitable que el recrudecimiento de la crisis política reactivara el conflicto armado entre los rebeldes tutsis del FPR y las autoridades del gobierno interino de Ruanda, Jean Kambanda. El día 9 de abril de 1994 sería la fecha que marcará nuevamente el inicio de las hostilidades hasta su término el 19 de julio.

Por consiguiente, el conflicto armado interno en Ruanda entre 1990 y 1994, fue el resultado de varias dictaduras y rivalidades étnicas acumuladas durante años, lo que a su vez originaron los conflictos armados sucesivos, como hemos venido subrayando. Pero el conflicto armado en cuestión quedará grabado en la historia como uno de los más sanguinarios jamás visto la historia de la humanidad, porque a pesar de tener una duración de 4 años, fue entre los meses de abril y julio de 1994 cuando se cometieron los asesinatos de unas ochocientas mil personas de la etnia tutsi, quienes representaba apenas el 15 por ciento del total de la población en Ruanda, como consecuencia de una política nefasta de los hutus de asesinar tutsis casa por casa y donde estuvieran, patrocinada por el gobierno interino y sus colaboradores.

Pero, para llegar a la conclusión de que el conflicto armado étnico en Ruanda 1990-1994 se caracterizó por ser interno, es necesario señalar algunas consideraciones para un mejor entendimiento. Por ejemplo, a pesar de lo señalado sobre el apoyo de las fuerzas armadas de Uganda a las fuerzas rebeldes tutsis del FPR mientras irrumpían la parte norte de Ruanda⁶⁰¹, resultó difícil demostrar que tales actuaciones constituyeran participación directa del gobierno ugandés. Así determinó la Comisión de Expertos

⁶⁰⁰ Véase la crisis política desatada tras los asesinatos en ambos países en: Guichaoua, André, *Les crises politiques au Burundi et au Rwanda (1993/1994)*, Université des Sciences et Technologie, Lille, 1995, pp. 523-531.

⁶⁰¹ Waugh, Colin M., Paul Kagame and Rwanda... *loc. cit. supra* en nota 169, p. 27.

autorizada a investigar y estudiar las violaciones graves del derecho internacional humanitario en Ruanda⁶⁰², por lo que se consideró como un conflicto armado interno.

Por otra parte, del mismo modo se analizó la posibilidad de que la Fuerza Multinacional desplegada y comandada por Francia con autorización del Consejo de Seguridad de la ONU casi al final del conflicto⁶⁰³ hubiera podido internacionalizarlo. Se ha entendido que una fuerza multinacional actúa en nombre de la ONU, y ésta de ninguna forma puede considerarse Parte en el conflicto, no obstante ser un sujeto de derecho internacional porque representa a sus Estados Miembros. Por tanto, se entiende que su actuación se considera imparcial, indistintamente de que la Organización decidiera apoyar a cualquiera de las Partes, pese a ello esta tesis no está exenta de debates.

Finalmente, recordemos también la jurisprudencia al respecto del TPIY en el caso *Dusko Tadic*, quien había afirmado que las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en la antigua Yugoslavia no dependían de la naturaleza del conflicto⁶⁰⁴, pues en esos términos se manifestó también el TPIR en el caso *Joseph Kanyabashi*, y agregó tajantemente que no se pudo comprobar la participación de fuerzas armadas extranjeras directas⁶⁰⁵.

1. Perpetración de violaciones graves del derecho internacional humanitario: cuestiones previas

Previa al rol desempeñado por el Consejo de Seguridad en la constatación de violaciones graves del derecho internacional humanitario en Ruanda durante el conflicto armado interno étnico desarrollado entre 1990 y 1994, sus medidas estuvieron marcadas por la continua búsqueda de un alto el fuego. Es precisamente éste el rol desempeñado por la ONU desde su creación en 1945 cuando existe un conflicto armado, sea de carácter interno o internacional, cuya actuación se enmarca dentro del arreglo pacífico de controversias. En ese sentido la ONU se ha destacado por propiciar acuerdos de paz y, una vez concluidos, por exhortar su cumplimiento. Razones como éstas nos obligan *a priori* a resaltar algunas acciones realizadas por la Organización y algunos Estados

⁶⁰² Resolución 935 de 1 de julio de 1994 del Consejo de Seguridad.

⁶⁰³ Resolución 929 (1994), el Consejo de Seguridad autorizó la intervención en Ruanda por causas humanitarias hasta que la UNAMIR le sustituyera.

⁶⁰⁴ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 103 y ss,

⁶⁰⁵ *Prosecutor v. Joseph Kayabashi* (ICTR-96-15-T), Decision on the Defence... *loc. cit. supra* en nota 175, par. 21 y 24.

durante el conflicto ruandés, dirigidas a mantener la paz y la seguridad internacionales.

Entre los años 1991 y 1992, las Partes habían concretado varios acuerdos en Arusha⁶⁰⁶, es decir, antes del acuerdo general al que hemos estado haciendo referencia firmado el 3 de agosto de 1993 (Acuerdo de Paz de Arusha)⁶⁰⁷. La continuación intermitente de las hostilidades puso en evidencia la falta de compromiso serio para ponerlos en marcha. Asimismo, desde que estalló el conflicto en el año 1990, el Consejo de Seguridad evitó inmiscuirse en los asuntos internos de Ruanda, por lo que nunca adoptó resolución alguna llamando a las Partes a respetar dichos acuerdos, sino hasta después del 12 de marzo de 1993 cuando sí fue repetitivo⁶⁰⁸.

Como consecuencia permanente de los combates, por influencia de Estados Unidos, la Unión Europea, Francia y Bélgica, se impuso la diplomacia nuevamente⁶⁰⁹. La ONU y algunos Estados limítrofes decidieron participar como auspiciadores y facilitadores de otro acuerdo de paz, el destacado Acuerdo de Paz de Arusha de 3 de agosto de 1993, mismo que marcará el punto de referencia durante la intensificación de las hostilidades en la primavera de 1994 mientras se cometían violaciones graves del derecho internacional humanitario y se perpetraba el genocidio.

Ignorándose del mismo modo el Acuerdo de Paz de Arusha, las tensiones y batallas se prolongaron por lo que la situación política seguía deteriorándose. Enterado el Consejo de Seguridad de este *impasse* desde finales de 1993, es a partir de 1994 cuando incrementó el llamado a las Partes a cumplir sin demora las disposiciones del acuerdo alcanzado⁶¹⁰, porque es al mismo tiempo cuando el panorama hostil entre las etnias se torna más preocupante.

Entonces ocurre un hecho deplorable que agravará aún más el *statu quo* y de

⁶⁰⁶ Ver preámbulo del Acuerdo de Paz de Arusha.

⁶⁰⁷ El artículo 15 de dicho acuerdo preveía el establecimiento de una Comisión Nacional de Derechos Humanos quien de manera imparcial que se encargará de verificar las violaciones de los derechos humanos cometidas en cualquier parte del territorio, por el Estado o por sus representantes. La creación de esta Comisión de ningún modo suponía que el conflicto había terminado, pero constituía un paso de avance para depurar responsabilidades una vez se haya alcanzado la paz definitiva.

⁶⁰⁸ Resolución S/RES/812, de 12 de marzo de 1993.

⁶⁰⁹ Bukhalter, Holly J., "The question of genocide: The Clinton Administration and Rwanda", en *World Policy Journal*, vol. 11, n. 4, 1994, pp. 44-54 (45).

⁶¹⁰ S/RES/893, de 6 de enero de 1994; S/RES/909, de 05 de abril de 1994, y Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad S/PRST/1994/8, de 17 de febrero de 1994.

inseguridad reinante en Ruanda llevando el conflicto armado a niveles incalculables, nos referimos nuevamente al asesinato del presidente ruandés Juvénal Habyarimana el 6 de abril de 1994, que fomentó el incremento de las hostilidades⁶¹¹. Por ello, en la búsqueda de la consecución del Acuerdo Paz de Arusha, sobre todo de las disposiciones relativas a la cesación del fuego, el Consejo de Seguridad, con su accionar, intentó lograr infructuosamente que ambos bandos se pusieran de acuerdo, manteniendo esa posición hasta la adopción de la medida que permitió la intervención armada por cuestiones estrictamente humanitarias, mientras se cometían violaciones flagrantes y sistemáticas del derecho internacional humanitario y los derechos humanos.

2. El Consejo de Seguridad ante las violaciones graves del derecho internacional humanitario

El asesinato del presidente Juvénal Habyarimana desencadenó el comienzo sin precedente de matanzas generalizadas y sistemáticas contra la etnia tutsi. Es en ese sentido que el Secretario General ONU recomendó de manera urgente al Consejo de Seguridad la modificación del mandato de la UNAMIR con la intención de continuar buscando la cesación del fuego, conducente además a detener la hecatombe, pero también para que se facilitaran las actividades de socorro y acción humanitaria⁶¹², pues la constante reanudación de las hostilidades estaba poniendo en peligro a las personas desplazadas y la población civil desde 1993⁶¹³.

Como se puede observar, el Consejo de Seguridad demuestra una vez más que conoce la situación de violencia e inseguridad que viven los ruandeses, pero todavía rehúsa calificarla como una amenaza a la paz y seguridad internacionales, cual es un requisito previo para adoptar medidas coercitivas con arreglo al Capítulo VII de la Carta. Esto podría entenderse como una inacción de la responsabilidad del Consejo porque entre

⁶¹¹ El asesinato del presidente fue condenado inmediatamente por el Consejo de Seguridad con una declaración de La Presidencia, la S/PRST/1994/16, de 7 de abril de 1994, y con la Resolución 912 (1994), de 21 de abril.

⁶¹² Según el Secretario General, a la UNAMIR le fue imposible cumplir con su mandato debido a la falta de voluntad de las Partes de aplicar el Acuerdo de Paz de Arusha, sobre todo de la disposición relativa a la cesación del fuego, muy necesaria para la distribución de asistencia humanitaria. Vid. los informes del Secretario General de la ONU S/1994/470, de 20 de abril, y S/1994/565, de 13 de mayo. En cualquier caso, el Consejo decide ampliar el mandato de la Operación para el Mantenimiento de la Paz (OMP) para aumentar el contingente militar en la capital Kigali con el fin de obtener éxito en la cesación del fuego, pero ello resultó inútil (informe del Secretario General S/1994/565, de 13 de mayo); asimismo, dentro de las nuevas funciones de la UNAMIR estaban las de contribuir a que se reanuden las actividades de asistencia humanitaria y observar la seguridad de las personas civiles. Resolución del Consejo de Seguridad S/RES/912, de 21 de abril de 1994.

⁶¹³ Resolución S/RES/812, de 12 de marzo de 1993.

otras cuestiones tenía en su poder un escrito del Secretario General que contenía informaciones de la realización de matanzas generalizadas y sistemáticas cuyos factores principales eran étnicos y políticos⁶¹⁴.

Al respecto, hay que destacar también que eran tiempos de gran inestabilidad en varios Estados de África como Mozambique, Liberia, Somalia, Angola, Sudáfrica, etc., y todo ello mantenía ocupado del mismo modo al Consejo de Seguridad, y sobre todo, lo concerniente al conflicto armado en la antigua Yugoslavia, muy especialmente en lo que respecta a Bosnia-Herzegovina. En esa misma línea, Francia, miembro activo y permanente del Consejo, podría haber influido significativamente en éste para que declinara tomar medidas coercitivas eficaces a corto plazo porque ello le habría impedido controlar y extender su hegemonía política en la región⁶¹⁵.

Además, en lo que atañe a Francia constituía el principal proveedor de ayuda económica y de armas del antiguo régimen de Habyarimana, se señala además que había entrenado y equipado al ejército y a la milicia “*interahamwe*”, dirigida ahora por el gobierno interino para asesinar tutsis⁶¹⁶. Todo ello contravenía el primer mandato de la UNAMIR, que esencialmente, aparte de contribuir a realizar funciones de carácter estrictamente humanitario, incluía el compromiso de evitar que llegara asistencia militar a Ruanda desde la frontera norte con Uganda. El mandato *per se* carecía de un embargo de armas, sin embargo, la lógica indicaba que los Estados lo hubieran asumido como un objetivo perseguido por el Consejo de Seguridad con tal fin⁶¹⁷.

Por otro lado, mientras las hostilidades continuaban, las violaciones graves del derecho internacional humanitario se evidenciaban cada vez más por el macabro plan de cometer genocidio contra la etnia tutsi, impulsado por el gobierno interino hutu y algunos de sus

⁶¹⁴ Informe del Secretario General de la ONU S/1994/470, de 20 de abril.

⁶¹⁵ Midlarsky, Manus I., *The Killing Trap: Genocide in the Twentieth Century*, Cambridge University Press, United States of America, 2005, p. 230.

⁶¹⁶ Cameron, Hazel, *Britain's Hidden Role in the Rwandan Genocide: The Cat's Paw*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2013, p. 69; Wallis, Andrew, *Silent Accomplice: The Untold Story of France's Role in the Rwandan Genocide*, I.B. Tauris & Co. Ltd, London, 2007, pp. 136-140; Sevbolt, Taylor B., *Humanitarian Military Intervention: The Conditions for Success and Failure*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, p.210; Lebor, Adam, “*Complicity with Evil*”: *The United Nations in the Age of Modern Genocide*, Integrated Publishing Solution, 2006, p. 186; Astri Suhrke, Howard Adelman, *The Path of a Genocide: The Rwanda Crisis from Uganda to Zaire*, Transaction Publisher, New Brunswick, New Jersey, 1999, pp. 78-79.

⁶¹⁷ Así se desprende de la declaración que la Presidencia del Consejo adoptó el 30 de abril de 1994. Vid. Declaración de la Presidencia S/PRST/1994/21, de 30 de abril de 1994.

colaboradores, así como por la milicia estatal *interahamwe*, denunciado por los medios de comunicación y por el Secretario General de la ONU. Por tanto, el 30 de abril de 1994 se produce una importante Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad en la que demuestra su preocupación porque en Ruanda se está fomentando un plan para cometer actos de genocidio. En dicha Declaración pone de manifiesto su convicción de que gran parte de los acontecimientos en Ruanda van dirigidos a destruir una de las etnias.

La preocupación del Consejo de Seguridad sobre la posible perpetración de genocidio proviene de fuentes oficiales, es decir, de los informes realizados otrora por el mismo Secretario General, precisamente el S/1994/470, de 20 de abril, y el S/1994/565, de 13 de mayo. En ellos se señalan miles de desplazados, asesinatos en masa y, en sentido amplio, el incremento de la violencia en todo el territorio de Ruanda, así como el pesar del Secretario General por la muerte de diez cascos azules belgas el 7 de abril. Estos informes se complementaban con otras informaciones recibidas de fuentes que dice el Secretario General ser fiables, pero sin señalarlas.

En ese mismo orden, el Consejo, aparte de condenar los asesinatos en masa de civiles, mujeres y niños, denunciados por el Secretario General en sus informes aludidos, les recuerda a los autores que dar muerte deliberadamente a los miembros de un grupo étnico con la intención de destruirlo parcial o totalmente constituye un crimen punible en derecho internacional, como también subrayó en el conflicto armado de la antigua Yugoslavia⁶¹⁸. Es la primera vez que el Consejo pone de manifiesto la idea de que se estaba cometiendo genocidio, pese a lo cual, se abstiene de utilizar el concepto de forma explícita nuevamente⁶¹⁹.

El 17 de mayo de 1994, el Consejo, considerando que la Declaración no tiene el mismo efecto jurídico que sí tienen sus resoluciones, y porque las matanzas continuaban en todo el territorio de manera imparable, adopta una importante resolución reproduciendo, entre otras cuestiones, la misma idea de que se estaba orquestando un plan para asesinar miembros de un grupo étnico, así como su punibilidad. Al tenor de esos

⁶¹⁸ Mientras se desarrollaban las hostilidades en la antigua Yugoslavia, el Consejo adoptó las resoluciones: 764 (1992), de 13 de julio y, 771 (1992), de 13 de agosto, por la que condenaba la violaciones del derecho internacional humanitario, al tiempo que recordaba la punibilidad de los hechos.

⁶¹⁹ Declaración de la Presidencia S/PRST/1994/21, de 30 de abril de 1994.

acontecimientos, le solicita al Secretario General que presente propuestas para investigar los informes sobre esas violaciones⁶²⁰. Y, al tiempo de calificar la situación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, impone un embargo de armas como medida coercitiva. El embargo de armas ayudó bastante a disminuir las matanzas, por lo que la perpetración de actos de genocidio estaba llegando a su final.

En cualquier caso, se podría decir que estamos ante un conflicto armado donde las informaciones de violaciones graves del derecho internacional humanitario sobre todo en la forma de comisión de actos de genocidio mientras se desarrollaban los acontecimientos, eran observadas y recibidas de manera muy limitada, y a excepción de los informes del Secretario General, carecían de autenticidad y veracidad ante las principales autoridades de la ONU en materia de derechos humanos. En ese sentido, es casi al final del conflicto cuando el Consejo por su parte decide investigarlo de manera concluyente.

Lo cual iba también en consonancia con la práctica reciente en ocasión del conflicto armado en la antigua Yugoslavia. Pues, a pesar de que se tenían informaciones extraoficiales de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la preocupación por disponer de ellas de manera oficial ocurrió un año después de haber estallado el conflicto, cuando la Comisión de Derechos Humanos, alarmada por las noticias, decidió nombrar un relator especial para investigar los hechos⁶²¹. Es entonces a través de esos informes recibidos por la Comisión que se tienen informaciones oficiales de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, sobre todo de la llamada “depuración étnica” y “limpieza étnica”. Asimismo, significó el comienzo para que se sumaran muchos Estados y ONGs a la causa de elaborar también sus propios informes a la ONU.

En lo que respecta a Ruanda, hemos establecido que el conflicto armado se había desarrollado de manera intermitente desde octubre de 1990 hasta mediados de 1994, en cuyo contexto, a pesar de que se estaban violando el derecho internacional humanitario

⁶²⁰ Resolución 918 (1994), de 17 de mayo.

⁶²¹ Solicitud de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU al Secretario General para que nombre un relator especial para investigar sobre el terreno la situación de los derechos humanos en la antigua Yugoslavia, especialmente en Bosnia-Herzegovina (Resolución E/CN.4/1992/S-1/8, de 14 de agosto de 1992). El Secretario General nombró al polaco Tadeusz Mazowiecki. Véase resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 1992/S-1/1, de 14 de agosto de 1992, y 1992/S-2/1, de 1 de diciembre de 1992.

y los derechos humanos, tan sólo fue al comienzo de la primavera de 1994 cuando el conflicto alcanzó su punto más crítico con el inicio de la perpetración de actos de genocidio. En ese sentido, fueron precisamente los actos de genocidio los crímenes cometidos con mayor celeridad, razón por la cual las investigaciones concernientes a la verificación de esos actos necesitaban de más tiempo. De ahí que el interés de la ONU por el momento continuaba siendo propiciar un alto el fuego entre las Partes antes que investigar los crímenes *in situ*.

En esa misma línea, una vez que se reanudó el conflicto tras la muerte del presidente Habyarimana, el 6 de abril de 1994, ningún Estado procuró proporcionar informes oficiales de los acontecimientos en lo concerniente a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, y, por otro lado, las ONGs sólo se limitaban a realizar actividades de asistencia humanitaria, todo ello según se desprende de los informes señalados por el Secretario General antes aludidos. Por consiguiente, hasta tanto el Consejo de Seguridad tomara la iniciativa de autorizar al Secretario General a realizar las investigaciones de rigor, y muy especialmente hasta que se nombrara una comisión de expertos, las violaciones graves del derecho internacional humanitario de que se tenían noticias se canalizaban indebidamente.

En ese orden de ideas, como hemos apuntado otrora, la celeridad con que se estaban desarrollando los acontecimientos constituía un obstáculo para que el Consejo adoptara medidas más urgentes⁶²². Por lo que la mayoría de las informaciones sobre asesinatos masivos, entre ellos de mujeres y niños, desplazamientos y promoción de política de exterminio hacia la etnia tutsi, se conocían por medio de los principales diarios de Estados Unidos, Bélgica, Francia y el Reino Unido, los cuales denunciaban que en Ruanda se estaba cometiendo genocidio⁶²³.

Para finales del mes de mayo de 1994, se activa el rol desempeñado por la ONU durante el conflicto de la antigua Yugoslavia antes de que el Consejo decidiera crear el TPIY⁶²⁴.

⁶²² Melvern, Linda, *Un pueblo traicionado. El papel de occidente en el genocidio de Ruanda*, Colección Encuentro Intermon, Barcelona, 2007, p. 332.

⁶²³ Kuperman, Alan J., *The Limits of Humanitarian Intervention: Genocide in Rwanda*, The Brookings Institution, Washington D. C., 2001, p. 24; Jay Cohen, Andrew, "On the trail of genocide", *The New York Times*, September 7, 1994.

⁶²⁴ Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., "The Internacional Criminal Court...", *loc. cit. supra* en nota 563, pp. 502-503.

Que aunque haya sido tarde, sirvió para comprobar las atrocidades cometidas, y dejar claro las intenciones de establecer también un tribunal penal internacional *ad hoc* en Ruanda, para juzgar a los autores de las violaciones graves del derecho internacional humanitario durante el conflicto.

En primer lugar, el 25 de mayo de 1994, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU nombra a René Degni-Ségui como relator especial⁶²⁵, quien se encargará de investigar la situación de los derechos humanos en Ruanda⁶²⁶. Acto seguido, el 31 de mayo, el Secretario General rinde un informe, el S/1994/640, que daba cuenta de los asesinatos cometidos de manera sistemática, sobre todo contra personas civiles. Dicho informe, confirma que mientras se desarrollaban los acontecimientos se estaban introduciendo armas en Ruanda, vulnerando el trabajo de la UNAMIR, que la Radio Mille Collines leal al gobierno interino estaba incitando a la comisión de genocidio, y que la muerte de miles de personas, sobre todo civiles, entre ellos mujeres y niños, eran perpetrados por las fuerzas armadas del gobierno provisional y la milicia *interhamwe*, atreviéndose el Secretario General a dar la cifra de 250.000 a 500.000 asesinatos tan sólo en las siete últimas semanas, es decir, desde que se reanudó el conflicto con la muerte del presidente Habyarimana, el 6 de abril de 1994 hasta finales de mayo de ese mismo año.

En el primer informe del Relator Especial de fecha 28 de junio, se confirman las violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario, y se cita expresamente la perpetración de genocidio y la violación de la Convención para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, así como la necesidad de perseguir a los culpables mediante la extensión de la jurisdicción del TPIY al conflicto armado en Ruanda, o de establecer un

⁶²⁵ Véase Resolución S-3/1, de 25 de mayo de 1994.

⁶²⁶ De conformidad con la resolución S-3/1 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de 25 de mayo de 1994, y la decisión 1994/223 del Consejo Económico y Social, el Relator Especial René Degni-Ségui elaboró primero un informe provisional, el E/CN.4/1995/7, de 28 de junio de 1994, sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda. Dicho informe habla de las matanzas sin precedentes en África en el espacio y en el tiempo, tomando como inicio el acontecimiento del asesinato del presidente Habyarimana el 6 de abril de 1994. Observa la perpetración de asesinatos en masa a machetazos, hachas, garrotes, palos, etc., torturas, tratos inhumanos crueles y degradantes que fueron cometidos principalmente por la milicia *interahamwe*, así como por el movimiento *impuzamugamb*, en colaboración con la Coalición por la Defensa de la República. Señalar más detalles es escalofriante, por lo que sería insensato continuar. El relator es tajante al estimar que no hay duda de que se cometió genocidio hacia los tutsis, al tiempo de enunciar también los asesinatos de hutus moderados cometidos tanto por tutsis como por las milicias; por lo que recomendó el establecimiento de un tribunal penal internacional para condenar a los responsables, o en su defecto extender la jurisdicción del TPIY a los acontecimientos de Ruanda. Le siguió un segundo informe, el E/CN.4.1995/12, de 12 de agosto de 1994, confirmando el anterior, así como el A/49/508-S/1994/1157, de 13 de octubre de 1994.

tribunal propio independiente. Ante esta situación, el Consejo de Seguridad, por medio de la Resolución S/RES/929, de 22 de junio de 1994, hace valer su facultad al decidir autorizar la intervención armada en territorio ruandés por cuestiones estrictamente humanitarias cuando ya la mayoría de los asesinatos en masa, de manera sistemática y generalizada, habían llegado a su término. Se cuestiona entonces si la *Operación Turquesa* liderada por Francia en virtud de la mencionada Resolución llegó tarde para intentar detener el genocidio como analizaremos más adelante.

En segundo lugar, ante la advertencia del Secretario General de que se podría perder parte de las pruebas a causa del agotamiento del tiempo, es decir, porque se vislumbraba el final del conflicto, entonces, el Consejo, con términos más enérgicos que los empleados en resoluciones anteriores, mediante la Resolución S/RES/935, de 1 de julio de 1994, decide que se conforme una Comisión de Expertos encargada de analizar y examinar las informaciones que se tienen sobre violaciones sistemáticas, generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda, incluyendo el genocidio. Del mismo modo, reproduce lo dicho en el caso de la antigua Yugoslavia, en el sentido de que solicita también a los Estados y organizaciones internacionales dedicadas a realizar actividades humanitarias, que aporten las informaciones tenidas al respecto.

El Informe Provisional presentado por la Comisión de Expertos, el S/1994/1125, de 4 de octubre, revela también el análisis que anteriormente habíamos subrayado en cuanto a la tipología del conflicto. Es decir, que el conflicto armado en Ruanda había sido una sucesión de conflictos armados intermitentes generados por dictaduras, golpes de Estado y la exacerbación de las rivalidades étnicas entre los dos mayores grupos étnicos, los hutus y los tutsis. Para la Comisión, hay una conexión entre el conflicto y las matanzas registradas durante 45 años, es decir, desde que en 1949 los hutus destronaron la monarquía con la muerte de Mutara III e instauraron la República de Ruanda⁶²⁷.

El informe continúa indicando que las matanzas registradas habían sido planeadas con antelación al asesinato del presidente Habyarimana el 6 de abril de 1994. Por lo que ese acontecimiento significó el detonante de las violaciones sistemáticas, generalizadas y

⁶²⁷ Informe Provisional presentado por la Comisión de Expertos, S/1994/1125, de 4 de octubre, par. 41.

flagrantes del derecho internacional humanitario, incluyendo, por supuesto, los crímenes de lesa humanidad y genocidio. Estima que la cantidad de personas civiles asesinadas de cerca de medio millón señalada por el Relator Especial se ha quedado corta, por lo que podría alcanzar hasta el millón, o simplemente nunca se tenga certeza exacta de la muerte de hombres, mujeres y niños sacrificados⁶²⁸.

En suma, concluye que hubo genocidio premeditado contra los miembros de la etnia tutsi, por lo que dichos asesinatos cometidos de manera planificada, sistemática y metódica constituyen actos de genocidio de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Asimismo, de la misma forma que entendió plausible el Relator René Degni-Ségui, recomienda al Consejo de Seguridad ampliar la jurisdicción del TPIY a los crímenes cometidos en Ruanda a partir del 6 de abril de 1994 hasta el 1 de julio de 1994, sin que dicha fecha sea concluyente, u otro tribunal internacional penal independiente⁶²⁹.

3. Medidas urgentes adoptadas por el Consejo de Seguridad para detener los asesinatos en masa

Para concluir la línea seguida durante el conflicto armado en la antigua Yugoslavia, el Consejo de Seguridad, después de haber analizado las recomendaciones y observaciones hechas por el Relator Especial y por la Comisión de Expertos, así como la solicitud hecha por el representante permanente del gobierno de Ruanda en la ONU⁶³⁰, decide con arreglo al Capítulo VII de la Carta de la ONU establecer un tribunal penal internacional para Ruanda para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario y de violaciones de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general llámese en este caso genocidio y crímenes contra humanidad durante el conflicto armado.

⁶²⁸ *Ibidem*, par. 43.

⁶²⁹ *Ibidem*, par. 199 y ss. El informe final reafirma lo ya dado a conocer, véase, S/1994/1405, de 9 de diciembre de 1994.

⁶³⁰ Informe del Secretario General S/1994/1115, de 29 de septiembre de 1994. El gobierno de Ruanda entiende que la demora en establecer un tribunal internacional penal para investigar las denuncias y castigar a los culpables va a contribuir a corto plazo a disminuir el impacto que han tenido la perpetración de genocidio. No obstante, a pesar de que haya sido una solicitud del gobierno de Ruanda, la creación del tribunal iba a constituir un hecho consumado, habida cuenta de las recomendaciones hechas tanto por el Relator Especial como por la Comisión de Expertos, como más tarde se demostró en el sentido de que dicho tribunal se estableció con el voto en contra de Ruanda.

Finalmente, es momento de destacar dos conclusiones importantes previo al establecimiento del tribunal: por un lado, lo concerniente a la demora del Consejo de Seguridad de la ONU de utilizar el término genocidio para definir la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, y por otro lado, la reacción tardía en tomar medidas contundentes tendientes a evitar la catástrofe humana.

Respecto a la tardanza del Consejo de Seguridad en reconocer que en Ruanda se estaba perpetrando genocidio, reiteramos que ello fue debido más que nada a la celeridad con la que se estaban produciendo los acontecimientos y, entre otras cuestiones, a la negligencia en asumir una posición firme en cuanto al uso del término al tiempo de ocurrir los hechos.

Por ejemplo, mientras se vislumbraba la perpetración de genocidio, el 20 de abril de 1994, apenas dos semanas después del recrudecimiento de la violencia y del inicio de los asesinatos en masa, el Secretario General señala en su informe que dicha violencia tiene aspectos políticos y étnicos, y advierte de miles de muertos⁶³¹. Diez días más tarde, el 30 de abril, la Presidencia del Consejo de Seguridad estima que dar muerte a los miembros de un grupo con la intención de destruirlos parcial o totalmente constituye un crimen punible en derecho internacional⁶³². En el nuevo informe del Secretario General de 13 de mayo, a pesar de subrayar la continuación de los asesinatos y aspectos humanitarios de proporciones extraordinarias como la cantidad de desplazados y refugiados, se prescinde de anotar alguna referencia sobre el término genocidio⁶³³. El 17 de mayo el Consejo reproduce la condena a los hechos conducentes a aminorar los miembros de un grupo con la intención de destruirlo parcial o totalmente⁶³⁴.

Por último, casi al final del conflicto, cuando el FPR estaba terminando de conquistar la Capital de Ruanda (Kigali), el Secretario General da por entendido que se cometió genocidio⁶³⁵, lo que influyó significativamente para el Consejo pusiera de manifiesto la posible perpetración de genocidio y/o violación a la Convención para la prevención y

⁶³¹ Informe del Secretario General S/1994/470, de 20 de abril de 1994, par. 2.

⁶³² S/PRST/1994/21, de 30 de abril de 1994.

⁶³³ Informe Secretario General S/1994/565, de 13 de mayo de 1994, pars. 3-5.

⁶³⁴ S/RES/918, de 17 de mayo de 1994.

⁶³⁵ Informe Secretario General S/1994/640, de 31 de mayo de 1994, par. 36 y 43.

Castigo del Delito de Genocidio de 1948, y esto bastó para solicitar al Secretario que estableciera una Comisión de Expertos para investigar todas las violaciones del derecho internacional humanitario⁶³⁶, incluido el crimen señalado.

4. La ambigüedad del Consejo de Seguridad en reconocer de forma expresa la perpetración de genocidio

Como se ha podido observar, mientras se producía genocidio en Ruanda, el Consejo de Seguridad se resguardaba de utilizar el término, sólo se limitaba a subrayar los elementos constitutivos del crimen⁶³⁷; del mismo modo, el ex presidente Bill Clinton, a pesar de condenar enérgicamente los asesinatos en masa de la etnia tutsi, evadía utilizar en sus discursos el término genocidio⁶³⁸.

De cualquier manera, creemos que la represión de los actos de genocidio y por consiguiente la responsabilidad derivada de los individuos que lo cometen, se inscriben también dentro del proceso de humanización que está experimentando el derecho internacional moderno. Por lo que esperar una condena en los términos más enérgicos por parte del Consejo de Seguridad indica que la ONU, aparte de proteger a los Estados como entes primarios del derecho internacional, y como veníamos observando durante la Guerra Fría, también ahora protege a los individuos por medio de salvaguardar los derechos humanos⁶³⁹, y en conjunto, a los grupos nacionales de características diferenciadas dentro de un Estado⁶⁴⁰, porque vienen a ser los más vulnerables y excluidos socialmente.

⁶³⁶ Resolución S/RES/935, de 1 de junio de 1994.

⁶³⁷ Resolución S/RES/918, de 17 de mayo de 1994. Como indica la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948 en su artículo II, los elementos constitutivos del crimen están estrechamente conectados a su definición, es decir, constituye genocidio cualquiera de los actos que tiendan a destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso mediante: a) matanzas de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y, traslado por la fuerza de los niños del grupo a otro grupo.

⁶³⁸ Hatzfeld, Jean., *Una temporada de machetes*, editorial Crónica Anagrama, Barcelona, 2004, pp. 175-176; Kuperman, Alan J. "El genocidio de Ruanda, una reconsideración", en *Política Exterior*, editorial Estudios de Política Exterior, S.A., Madrid, n. 74, marzo-abril 2000, p. 133; Bukhalter, Holly J., "The question of genocide...", *loc. cit. supra* en nota 609, pp. (46-47).

⁶³⁹ Cassese, Antonio, "Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 23-30 (26).

⁶⁴⁰ Barnett, Michael N., "The UN Security Council, Indifference, and Genocide in Rwanda", en *Cultural Anthropology*, vol. 12, n. 4, pp. 551-578 (566).

Por tanto, esta inacción se inscribe en la peculiaridad de dicho órgano y los intereses particulares de algunos miembros permanentes, como Estados Unidos y Francia que continuaban indiferentes ante la dramática situación de Ruanda⁶⁴¹. Por ejemplo, como es de conocimiento, el Consejo es un Órgano político, y por tanto puede manejar de manera discrecional las situaciones que atañen a la paz y la seguridad internacionales. En este caso, la perpetración de genocidio es un crimen de derecho internacional que cae dentro de la clasificación de normas imperativas o *ius cogens*, por lo que en nuestra opinión es más que suficiente para que constituya una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, cuando el Consejo calificó la situación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales ni siquiera en ese momento utilizó el término genocidio, solo se limitó a manifestar parte de los elementos constitutivos⁶⁴². Lo que dejaba entrever las diferencias que se estaban produciendo al interior del Consejo de Seguridad en cuanto a utilizar el término genocidio de manera concluyente.

De dicho comportamiento se infiere también su preocupación por evitar ver deteriorada su imagen ante la comunidad internacional, en el sentido de haberse abstenido de adoptar a tiempo una medida que hubiera podido acabar con la perpetración del crimen. Naturalmente, denunciar que se estaba cometiendo genocidio podría poner en duda la capacidad del Consejo para gestionar y tomar medidas eficaces cuando un hecho pone en peligro la paz y la seguridad internacionales. Por tanto, imposibilitado de haber detenido a tiempo ese hecho tan atroz y condenado por la comunidad internacional en la Segunda Posguerra, tal pasividad deja muy perjudicada la funcionalidad de la ONU respecto a la protección de los derechos humanos más elementales.

Por otra parte, es necesario recordar que ha sido una constante del Consejo de Seguridad de la ONU evitar inmiscuirse lo menos posible en los asuntos internos de los Estados, por el principio de no injerencia, lo cual va arraigado al concepto de soberanía, por supuesto, aún con la excepción prevista en la Carta de la ONU⁶⁴³. Precisamente esto influyó para que el Consejo de Seguridad desviara la atención en llamar constantemente a las Partes aplicar sin demora los Acuerdos de Paz de Arusha, como una forma de que

⁶⁴¹ Bukhalter, Holly J., "The question of genocide...", *loc. cit. supra* en nota 609, pp. 51-53.

⁶⁴² Resolución S/RES/918, de 17 de mayo de 1994.

⁶⁴³ El artículo 2.7 de la Carta establece que ninguna de las disposiciones previstas se utilizarán para intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción internos de los Estados, salvo las disposiciones del Capítulo VII de dicha Carta que faculta al Consejo de Seguridad ejercer o adoptar cualquier acción en aras de preservar la paz y seguridad internacionales.

fuera el pueblo ruandés el que decidiera su destino, si la violencia o la paz, como así aseguró el Secretario General en su informe del 20 de abril de 1994⁶⁴⁴. Sin embargo, es el mismo Secretario General quien más adelante exhorta a la comunidad internacional evitar cerrar los ojos ante las atroces consecuencias producidas en el conflicto armado, afectando especialmente a innumerables personas civiles inocentes⁶⁴⁵.

5. La tardanza de adopción de medidas eficaces por el Consejo de Seguridad de la ONU para detener el genocidio en Ruanda: la posibilidad de la legalidad de una intervención armada sin su aprobación

La pregunta que nos volvemos a hacer es la misma: ¿qué se hizo para evitarlo?, es decir, si la perpetración de actos de genocidio constituía una conducta suficiente para que el Consejo de Seguridad decidiera a tiempo permitir una intervención armada que pusiera fin a la práctica de genocidio en Ruanda. En cuanto a eficacia se refiere, carece de importancia reconocer el despliegue de la fuerza multinacional francesa (*Operación Turquesa*) el 22 de junio de 1994, como la que puso fin al genocidio, pese a su contribución a salvar vidas⁶⁴⁶, es así, porque la mayoría de los asesinatos ya se habían perpetrado, y las fuerzas del FPR tenían casi todo el territorio bajo control. No obstante, la llegada de las fuerzas multinacionales influyó en hacer huir a muchos de los genocidas a Estados vecinos como el Zaire⁶⁴⁷.

Continuando con la respuesta a la pregunta que antecede, los únicos precedentes sobre autorización del uso de la fuerza sin el consentimiento de los Estados por parte del Consejo de Seguridad de la ONU por cuestiones estrictamente humanitarias estaban en Somalia y Bosnia Herzegovina⁶⁴⁸. Sin embargo, en estas intervenciones hay algunos

⁶⁴⁴ Informe del Secretario General S/1994/470, del 20 de abril, par. 20.

⁶⁴⁵ Informe del Secretario General S/1994/565, del 13 de mayo, par. 31.

⁶⁴⁶ Bukhalter, Holly J., "The question of genocide...", *loc. cit. supra* en nota 609, p. 52.

⁶⁴⁷ Stanton, Gregory H., "The Rwandan genocide: why early warning failed", en *Journal of African Conflicts and Peace Studies*, vol. 1, n. 2, 2009, pp. 6-25 (13).

⁶⁴⁸ Wheeler, Nicholas J, *Saving strangers: humanitarian intervention in international society*, Oxford, Oxford University Press, New York, 2000, p. 127. Después de que el Consejo de Seguridad autorizara el uso de la fuerza por causas estrictamente humanitarias en Ruanda el 22 de junio de 1994, hizo un uso mayor de esa medida en tres casos:

1) Haití: Resolución S/RES/940 de 31 de julio de 1994, el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII decide establecer una fuerza multinacional bajo mando y control unificados, con la facultad de usar todos los medios necesarios para facilitar la retirada del poder de los dirigentes militares y contribuir con ello al regreso del presidente democráticamente electo en 1991 Jean- Bertrand Aristide, así como mantener un entorno seguro; Resolución S/RES/1529 de 29 de febrero de 2004, el Consejo de Seguridad autoriza la creación de una Fuerza Multinacional Provisional conminándole a usar todos los medios necesarios para cumplir con su mandato, como facilitar la prestación de asistencia humanitaria; promover y proteger los derechos humanos; mantener la seguridad y el orden público, etc.

elementos a destacar que apenas se corresponden con lo ocurrido en Ruanda.

En Somalia, por ejemplo, la causa principal que influyó en la decisión del Consejo para aprobar la intervención humanitaria⁶⁴⁹ había sido la imposibilidad de establecer un entorno seguro para la prestación de asistencia humanitaria a pesar del reiterado llamamiento a las Partes a cumplir con esa obligación, y por otro lado el deterioro constante de la situación que impedía el cese de las hostilidades⁶⁵⁰. En Bosnia-Herzegovina, el Consejo de Seguridad había autorizado el uso de la fuerza también para mantener la protección de las zonas seguras indispensables para la prestación de la asistencia humanitaria, así como velar por el cumplimiento del espacio de exclusión aérea destinado también con esa finalidad⁶⁵¹.

Por tanto, es la dificultad de la prestación de asistencia humanitaria la causa fundamental de que el Consejo haya autorizado el uso de la fuerza, y específicamente, las violaciones graves del derecho internacional humanitario, cuya “depuración étnica” y/o “limpieza étnica” había sido uno de los crímenes más deplorables en Bosnia-Herzegovina.

En cambio, en Ruanda, las resoluciones del Consejo de Seguridad en lo atinente al conflicto reflejaban que para dicho Órgano las violaciones graves del derecho internacional humanitario así como la imposibilidad de prestación de asistencia humanitaria, en principio, pese a su condena, de ninguna manera constituían el centro de

2) Libia: Resolución S/RES/1973 de 17 de marzo de 2011. El Consejo solicita a los Estados imponer en toda Libia una zona de exclusión aérea para ayudar a proteger a los civiles, y adoptar todas las medidas necesarias para hacer cumplir la resolución, así como proteger a los civiles y zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataques de las fuerzas del gobierno. Dicha resolución hace la salvedad de evitar la realización de una ocupación militar en Libia. La OTAN lidera el mandato atacando objetivos militares de las fuerzas libias.

3) Mali: Resolución S/RES/2085 de 20 de diciembre de 2012, el Consejo de Seguridad autoriza el redesplicue una fuerza de Defensa y de Seguridad y una Misión Internacional de Apoyo en Mali. La segunda tendrá la facultad de usar todos los medios necesarios para la reconstrucción de la capacidad de las Fuerzas de Defensa y Seguridad de Mali; apoyar a las autoridades malienses a recuperar las del norte del territorio controladas por terroristas, extremistas y grupos armados (...), así como cualquier medida necesaria para reducir el impacto de la acción militar en la población; crear un entorno seguro para la prestación de ayuda humanitaria, etc. Francia lidera la operación.

⁶⁴⁹ Resolución S/RES/794 de 3 de diciembre de 1992.

⁶⁵⁰ Mediante un conjunto de resoluciones el Consejo de Seguridad había solicitado a las Partes que permitiesen la prestación de asistencia humanitaria a la población y a todo el que la necesitase: resoluciones 733, de 23 de enero de 1992; 746, de 17 de marzo de 1992; 751, de 24 de abril de 1992 y, 767, de 27 de julio de 1992; 775, de 28 de agosto de 1992.

⁶⁵¹ Resolución 816 de 31 de marzo de 1993 y Resolución 836 de 4 de junio de 1993.

atención, por lo menos hasta finales de los meses de abril y mediados de mayo de 1994. En cambio, sí lo eran la falta de voluntad política de las Partes en aplicar los Acuerdos de Paz de Arusha y la renuencia en cumplir con el compromiso del cese de las hostilidades⁶⁵²; ello a pesar de los constantes informes del Secretario General que indicaban la incapacidad de su cumplimiento.

Por tanto, el Consejo de Seguridad se había preocupado por dos cuestiones fundamentales para el restablecimiento de la paz: el cese de las hostilidades y la aplicación de los Acuerdos de Paz de Arusha. Sin embargo, olvidó poner en marcha políticas de prevención del genocidio, pues ya se tenía el precedente del conflicto armado étnico yugoslavo donde hubo una agresiva política de “limpieza étnica” y “depuración étnica” dirigida por el ejército yugoslavo; de manera que existía una amplia posibilidad de que en el conflicto armado tribal de Ruanda ocurriese lo mismo.

Por otro lado, hubo inacción para prevenir el genocidio, pues el artículo 1 de la misma Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio prevé que las Partes se comprometen a prevenirlo, y como hemos subrayado, en caso de amenaza a la paz y seguridad internacionales, los Estados han emplazado el poder de acción en el Consejo de Seguridad. Amenaza que se vislumbró precisamente cuando el informe del Secretario General del 20 de abril de 1994⁶⁵³ enunciaba las matanzas generalizadas de componentes étnicos y políticos sin precisar el número aproximado de muertos, reconocido luego por la Declaración de la Presidencia el día 30 del mismo mes⁶⁵⁴, manifestando la posibilidad de que se estaba cometiendo genocidio; pero el Consejo se abstuvo de declarar la situación como amenaza a la paz y seguridad internacionales, sino hasta el 17 de mayo⁶⁵⁵, 4 días después de haber recibido el informe del Secretario General indicando la cantidad exorbitante de desplazados al norte y sur y suroeste de Ruanda y la vecina República Unida de Tanzania⁶⁵⁶. No obstante, es prácticamente

⁶⁵² Después del recrudescimiento de la violencia, el mandato de la UNAMIR que tenía por objeto verificar la cesación del fuego fue ampliado a ayudar a concretar un acuerdo para el cese del fuego y que se den las operaciones de socorro humanitario. Ver Resolución S/RES/912 de 21 de abril de 1994. Mandato ampliado también con la Resolución S/RES/918 de 17 de mayo de 1994, para que contribuya a la seguridad y protección de las personas civiles desplazadas, refugiados, y por otro lado, establecer zonas humanitarias seguras; entre otras cosas, la ampliación de los efectivos de la UNAMIR.

⁶⁵³ Informe del Secretario General S/1994/470, de 20 de abril, par. 2.

⁶⁵⁴ Declaración S/PRST/1994/21, de 30 de abril.

⁶⁵⁵ Resolución S/RES/918, de 17 de mayo de 1994.

⁶⁵⁶ Informe del Secretario General S/1994/640, de 13 de mayo de 1994, par. 5.

seguro que el reconocimiento temprano del genocidio hubiera dado origen a una intervención armada, pudiéndose evitar tantos asesinatos a gran escala⁶⁵⁷.

En concreto, tanto los organismos internacionales de derechos humanos como el Consejo de Seguridad ignoraron los rasgos étnicos del conflicto, y por otro lado, la propia inteligencia de la UNAMIR que a pesar de las limitaciones de su mandato debió investigar y denunciar los hechos⁶⁵⁸. Inclusive, se cree que Estados Unidos y Francia llegaron a tener información veraz de la trama de perpetrar genocidio⁶⁵⁹, no obstante lo cual callaron ante los demás miembros no permanentes; asimismo, el comandante en jefe de la UAMIR pudo conocer sobre la preparación de tal acontecimiento, vaticinando que en cualquier momento podría desencadenarse una masacre, y con arreglo a ello solicitó aumento de las fuerzas de paz, y hacer uso de la fuerza en caso necesario, así como aumento del presupuesto para gastos generales, pero le fue denegado⁶⁶⁰.

Por tanto, el Consejo tenía pleno conocimiento de la catástrofe humana que estaba ocurriendo en Ruanda, sin embargo, en principio se mostró indiferente en cuanto a que una acción como la modificación del mandato de la UNAMIR hacia el uso de la fuerza hubiera paralizado la masacre desencadenada⁶⁶¹, o simplemente haber aprobado una intervención militar a tiempo habría salvado cientos de miles de personas civiles⁶⁶². A pesar de ello, para Estados Unidos y el Reino Unido una intervención estaba fuera de sus propósitos, responsabilizando aún más al Consejo del futuro de Ruanda⁶⁶³.

En cualquier caso, es importante subrayar que una intervención humanitaria para

⁶⁵⁷ Stanton, Gregory H., "The Rwandan genocide: why early...", *loc. cit. supra* en nota 647, p. 15.

⁶⁵⁸ Bukhalter, Holly J., "The question of genocide...", *loc. cit. supra* en nota 609, p. 45.

⁶⁵⁹ Durante las matanzas en masa, algunos programas de las radio transmitidos por Radio Ruanda y Las Mil Colinas incitaban a los hutus asesinar tutsis de manera precisa, sin que Estados Unidos y Francia se preocuparan por impedir las emisiones y/o bloquear la señal transmisora. Ver Bukhalter, Holly J., "The question of genocide...", *loc. cit. supra* en nota 609, pp. 45 y 51.

⁶⁶⁰ Melvern, Linda, "The Security Council: the behind the scenes", en *International Affairs*, vol. 77, n. 1, 2001, pp. 101-111 (103).

⁶⁶¹ Tanto el comandante del contingente belga de la UNAMIR como el comandante en jefe de toda la fuerza de paz habían estimado al finalizar el conflicto que una actuación conjunta hubiera paralizado la masacre. Pero, al interior de la secretaria general se llegó a decir que una operación para el mantenimiento de la paz no podía usarse para proteger a las personas civiles. Ver Des Forges, Alison Liebhafsky, "Leave None to Tell the Story Genocide in Rwanda", en *Human Rights Watch*, vol. 3169, n. 189, 1999, pp. 23-24.

⁶⁶² Feil, Scott R., "Preventing Genocide: How the Early Use of Force Might Have Succeeded in Rwanda", A Report to the Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, en *Carnegie Corporation of New York*, 1998, pp. 1-57.

⁶⁶³ Melvern, Linda, "The Security Council: the behind the scenes", *loc. cit. supra* en nota 660, pp. 10-11.

detener las violaciones graves del derecho internacional humanitario hubiera sido eficaz y obligatoriamente necesaria para salvar a cientos de miles de personas civiles inocentes. Pero, erróneamente, el Consejo evadió dar prioridad a las violaciones graves del derecho internacional humanitario como la principal causa para permitir una intervención armada. En cambio sí lo era presionar a las Partes a un cese de las hostilidades y aplicar los Acuerdos de Paz de Arusha, tal como se desprende de las resoluciones del Consejo e informes aludidos del Secretario General.

Por lo que, en suma, reiteramos que el Consejo de Seguridad actuó de manera negligente en el desempeño de sus funciones respecto al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en ocasión del conflicto ruandés mientras la situación se deterioraba. Sin embargo, se alude al fracaso antes citado de la ONU en el conflicto somalí de 1991-1995, donde dicha Organización ni la fuerza multinacional comandada por las tropas estadounidenses pudieron lograr consenso político entre las facciones rivales enfrentadas para detener la violencia⁶⁶⁴, lo que influyó notablemente en la falta de viabilidad para una intervención armada a tiempo en Ruanda⁶⁶⁵.

Por tanto, si el Consejo de Seguridad carecía de un acuerdo viable para hacer frente al genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario - a nuestro entender la vida humana está por encima de cualquier diferencia e ideología política -, entonces la comunidad internacional por sí sola debió haber actuado. En ese sentido, la responsabilidad sobrevenida recae tanto en el Organización como en todos los Estados Miembros, quienes, mientras observaban como una norma imperativa de derecho

⁶⁶⁴ El Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 794, de 3 de diciembre de 1992, mediante la cual autoriza el despliegue de una fuerza multinacional a Somalia por causas humanitarias. La Resolución destaca dos aspectos importantes a saber: obstáculo en la distribución de la asistencia humanitaria, y violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario. Sin embargo, ello constituyó un fracaso porque Estados Unidos no estaba tan interesado en inmiscuirse en la búsqueda de un acuerdo de paz, percibió la intervención únicamente con la intención de contribuir en la distribución de la ayuda humanitaria, mientras la ONU exigía redoblar los esfuerzos también en lograr acercamiento entre las facciones para detener la violencia y encontrar una solución del conflicto mediante acuerdos concertados. Estas diferencias de enfoque en cuanto a los fines de la intervención generó discrepancia al interior del Consejo de Seguridad provocando que en marzo de 1994 Estados Unidos terminara por retirar todas sus tropas de Somalia, fracasando de esta manera la operación. Ver Crocker, Chester A., "The Lessons of Somalia: Not Everything Went Wrong", en *Foreign Affairs*, vol. 74, n. 3, mayo-junio 1995, pp. 2-8; Allard, Kenneth, *Somalia Operations: Lessons Learned*, National Defense University, Washington DC, INST fro National Strategic Studies, 1995; Peranza Martell, Vivian, "Las Naciones Unidas y el Conflicto Somalí", en *Revista de África y Medio Oriente*, n. 22, pp. 67-82; Bukhalter, Holly J., "The question of genocide...", *loc. cit. supra* en nota 609, p. 48; también, Clark, Jeffrey, "Debacle in Somalia", en *Foreign Affairs*, vol. 72, n. 1, 1992, pp. 109-123.

⁶⁶⁵ Feil, Scott R., "Preventing Genocide: How the Early Use of Force...", *loc. cit. supra* en nota 662.

internacional estaba siendo violada, se mantenían al margen.

Llegados a este punto es importante señalar que una posible intervención armada por uno o más Estados por sí solos difícilmente hubiera estado dentro de la legalidad del derecho, pero actualmente parece ser aceptado al tenor de que salvaguardar la vida de las personas civiles por cuestiones estrictamente humanitarias se considera discutible cuando quien tiene la facultad para hacerlo, en este caso el Consejo de Seguridad, simplemente se abstiene de adoptar una medida para evitar especialmente una violación *ius cogens* como lo es la perpetración de genocidio.

Precisamente bajo esta circunstancia la OTAN decidió bombardear objetivos militares de las fuerzas de la República Federal de Yugoslavia en la Guerra de Kosovo el 24 de marzo de 1999, con el objetivo de evitar una catástrofe humana en la Provincia de Kosovo, especialmente la muerte de personas civiles inocentes, mujeres y niños, en concreto, evitar otro genocidio por parte de las fuerzas serbias como el que habían cometido en Bosnia-Herzegovina contra los musulmanes bosnios⁶⁶⁶. Lo que a pesar de la ilicitud de dicha intervención⁶⁶⁷, abrió el debate sobre la “responsabilidad de proteger”⁶⁶⁸ como sustituto de la intervención humanitaria⁶⁶⁹, debido fundamentalmente

⁶⁶⁶ Franck, Thomas M., “Essays, in Honor of Oscar Schachter. Humanitarian and Other Interventions”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, pp. 321-336 (327).

⁶⁶⁷ El artículo 53 de la Carta de la ONU estipula que los organismos regionales no podrán valerse de acuerdos especiales para aplicar medidas coercitivas sin contar con la autorización previa del Consejo de Seguridad.

⁶⁶⁸ El principio de la “responsabilidad de proteger” surgió precisamente de la preocupación y respuesta tardía del Consejo de Seguridad para contener las consecuencias del conflicto armado en Ruanda, que degeneró en la perpetración de genocidio y otras violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; así como de otras intervenciones aludidas autorizadas por el Consejo de Seguridad en Bosnia-Herzegovina, Somalia, Haití, y la intervención armada de la OTAN en Kosovo sin la autorización del Consejo, para proteger a la población civil de las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Fue acuñado en un estudio realizado por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE) y aprobado en diciembre de 2001. Dentro del contenido del documento estaba la decisión de subrogar en la comunidad internacional en su conjunto el proteger la población civil de un Estado cuando éste omite protegerla porque no quiere o simplemente por falta capacidad o voluntad. Más tarde, el concepto “responsabilidad de proteger” también fue analizado por el ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan, junto a un Grupo de Expertos de Alto Nivel, el resultado fue un informe de fecha 2 de diciembre de 2004 (A/59/565); los principales argumentos reseñados por dicho Grupo fueron extraídos y aprobados por la Asamblea General de la ONU en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, en los artículos 138 y 139 (A/RES60/1, de 24 de octubre de 2005), y refrendados por el Consejo de Seguridad en la Resolución 1674, de 28 de abril de 2006. Cada Miembro quedó compelido a prevenir crímenes atroces como el genocidio, crímenes contra humanidad, de guerra, “depuración étnica” en todas sus variantes y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, que en su caso legitimarían el uso de la fuerza, previa autorización del Consejo de Seguridad. Ver doc. de la CIISE en: *Guerra Justa*, n. 3, marzo de 2006, en: <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/issue/view/3.html>, fecha de consulta 20 de julio de 2013.

a la ambigüedad del término que refleja “intervención militar” y no tanto “humanitaria”⁶⁷⁰.

Pero este caso, lejos de arrojar luz sobre el uso de la fuerza armada individual o colectiva por causas estrictamente humanitarias para salvaguardar la población civil de un Estado que no quiere protegerla o no puede, incluso por falta de voluntad, se ha convertido en el centro de debate en la mayoría de los autores y académicos sobre la materia. En conclusión, la tesis más acertada es que el uso de la fuerza armada por la OTAN por causas “estrictamente humanitarias” durante el conflicto armado entre Serbia y la región separatista de Kosovo en marzo de 1999, ha sido catalogado como ilícita por haberse llevado a cabo sin una autorización expresa del Consejo de Seguridad, pero

⁶⁶⁹ La “responsabilidad de proteger” sigue estando asociada a la intervención militar por causas humanitarias, de ahí que el nuevo concepto simplemente se reinventa, con la particularidad de que agrega nuevos enfoques dependiendo de quién o quiénes hayan realizado el estudio. Por ejemplo, para la CIISE, la autorización del uso de la fuerza sigue siendo facultad del Consejo de Seguridad. Para el Grupo de Alto Nivel también, pero abre la posibilidad de que una organización regional haga uso de ella sin la previa autorización del Consejo, aunque luego tenga que informárselo, ello de acuerdo al par. 272 del estudio, (A/59/565), de 2 de diciembre de 2004. En la práctica han ocurrido dos casos parecidos en la que el Consejo ha hecho autorizaciones posteriores del uso de la fuerza de carácter humanitario: la intervención armada realizada por la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO) en agosto de 1990, donde dejó establecido el Grupo de Observadores de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (ECOMOG), legitimada por el Consejo de Seguridad por medio de la Resolución 788, de 19 de noviembre de 1992, por la que reconoció los esfuerzos de la CEDEAO en la solución del conflicto, asimismo, impuso un embargo de armas excepto a las fuerzas de la CEDEAO; más tarde en la Resolución 866, de 22 de septiembre de 1993, el Consejo estableció la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Liberia (UNOMIL), para operar junto a la ECOMOG en la implementación del proceso de paz. El otro conflicto fue el de Sierra Leona que comenzó en 1991 y donde la CEDEAO intervino para proteger al gobierno aunque fue derrocado, de todos modos, las fuerzas el organismo regional se mantuvieron por largos años, y en la Resolución 1132, de 8 de octubre de 1997, dio completo apoyo a las medidas impuesta por la CEDEAO para restablecer la paz y volver al orden constitucional establecido, y le encomienda hacer cumplir el embargo de armas impuesto en la resolución. En ocasión del conflicto armado en Guinea Bissau, la CEDEAO intervino para ayudar a restablecer el orden y, en la Resolución 1216, de 21 de diciembre de 1998, el Consejo de Seguridad dio pleno apoyo a las medidas tomadas por la Organización. Vid. Kabia, John M., *Humanitarian Intervention and Conflict Resolution in West Africa: From ECOMOG to ECOMIL*, Ashgate Publishing Limited, Great Britain, 2009, p. 90-91; Blokker, Niels, “The Law on the Use of Force and the Responsibility to Protect: Straitjacket or Life Jacket?”, en *Building a New Role for the United Nations: the Responsibility to Protect*, A Collection of Comments edited by Carlos Espósito and Jessica Almqvist, en *FRIDE*, September 2005, pp. 12-15 (14), ver en http://fride.org/descarga/WP12_RoleUN_ENG_sep05.pdf, fecha de consulta 25 de septiembre de 2013; Liñan Noguerras, Diego, J. y Roldán Barbero, Javier, *El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el Exterior*, Plaza y Valdés (PYV), Madrid, 2008, pp. 174-175; De todas maneras, ambos documentos apuestan por la responsabilidad de proteger - intervención humanitaria- como medida acción preventiva cuando la amenaza es real, se haga con un propósito concreto, como último recurso, proporcionalidad en los medios utilizados, y balance de las consecuencias (pars. 201-203, Grupo Alto Nivel); los mismo elementos fueron reseñados por la CIISE bajo los siguientes principios, causa justa, precautorios, autoridad competente y operacionales. Ambos documentos apoyan la intervención solo en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, depuración étnica y otras violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

⁶⁷⁰ Perisic, Petra, “Legal Permissibility of Unilateral Humanitarian Interventions”, en *Acta Universitatis Danubius*, vol. 9, n. 1, 2013, pp. 38-49 (46).

legítima⁶⁷¹ en cuanto a que existía una clara intención de las autoridades serbias de cometer genocidio y en cuanto a que dicha intervención fue patrocinada por una organización internacional en la cual al menos tres Estados son Miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Francia y Reino Unido)⁶⁷².

No obstante, continúa predominando el criterio estipulado en la Carta de la ONU que prohíbe el uso de la fuerza armada a menos que la decisión provenga del Consejo de Seguridad, y salvo la excepción prevista para el caso de legítima defensa individual o colectiva proveniente de un ataque armado, por lo que la actuación de la OTAN sin que se hayan cumplido estos requisitos no debe sentar un precedente aunque se cuente con causas muy justificadas como la prevención de la perpetración de genocidio y otras violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario como apunta Antonio Cassese⁶⁷³. Por tanto, en sentido general, “la responsabilidad de proteger” ha sido subrogada en la ONU, especialmente en el Consejo de Seguridad⁶⁷⁴, quien controla el monopolio del ejercicio de la fuerza armada en las relaciones internacionales desde 1945 cuando se fundó la Carta.

En ese sentido, pese al debate continuo, la “responsabilidad de proteger” podría tener cierta aceptación pero con vicios de legalidad cuando se estén violando los derechos humanos fundamentales durante un conflicto armado. En esencia, el uso de la fuerza armada individual o colectiva para proteger a la población civil de un Estado que rehúsa protegerla por varias razones, podría ser legítimo y legal cuando dichas violaciones alcanzan la dimensión de llegarse a cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario.

⁶⁷¹ Franck, Thomas M., “Essays, in Honor of Oscar Schachter. Humanitarian...”, *loc. cit. supra* en nota 666, p. 327; Hofmann, Rainer, “Use of the Force and the Responsibility to Protect”, en *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*, 2005, vid. en <http://www.fride.org/publications/2005>, fecha de consulta 21 de Julio de 2013.

⁶⁷² Hilpod, Peter, Humanitarian Intervention: Is There a Need for Legal Reappraisal?, en *EJIL*, vol. 12, n. 3, 2001, pp. 437-467 (448).

⁶⁷³ Cassese, Antonio, “Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving...”, *loc. cit. supra* en nota 639, p. (24).

⁶⁷⁴ Como es sabido, el Consejo de Seguridad de la ONU, de acuerdo al Capítulo VII de la Carta es quien tiene la facultad de autorizar el uso de la fuerza en caso de amenazas a la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, esta función del Consejo del puede ser compartida por la Asamblea si existe un estancamiento entre los Miembros permanente al hacer uso de su derecho de veto, es la Resolución 377 A (V) llamada Unión Pro Paz, de 3 de noviembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU, según el cual en caso de que el Consejo de Seguridad se inhiba cumplir con su misión de adoptar medidas eficaces en caso de quebrantamiento a la paz y la seguridad internacionales o acto de agresión, podrá la Asamblea recomendar a sus Miembros adoptar de medidas colectivas pertinente en pos de restablecer la paz y la seguridad internacionales.

De acuerdo a lo expresado, secundamos la opinión del profesor Rainer Hofmann, según el cual, para los casos en que es imposible contar con la autorización del Consejo de Seguridad, sería plausible, legal y legítima una intervención armada por causas estrictamente humanitarias: que exista un claro caso de genocidio u otras violaciones a gran escala del derecho internacional humanitario y los derechos humanos; las soluciones pacíficas se han agotado; el Consejo de Seguridad rehúsa autorizar el uso de la fuerza militar; la decisión para intervenir viene de una organización regional de acuerdo al artículo 52 de la Carta, y siempre y cuando el uso de la fuerza se haga en proporción a evitar o poner fin a los crímenes cometidos⁶⁷⁵, pero es evidente que tal y como está redactada la Carta, ello significaría quebrantar la autoridad del Consejo⁶⁷⁶.

Por otra parte, existe otra excepción importante, y se trata también de la misma intervención armada por causas estrictamente humanitarias, pero en este caso consiste en que los Estados que pretenden intervenir cuenten con una autorización del Estado ante el cual se va a ejercer la acción. Es lo que se desprende del artículo 20 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, aprobado por la CDI en el 53 período de sesiones (A/56/10)⁶⁷⁷.

Por su parte, el profesor Remiro Brotons hace suya la tesis de que en la práctica una intervención armada por razones estrictamente humanitarias sólo puede ser lícita si se da con el consentimiento de quien ostente la autoridad estatal o a quien le haya sido delegada⁶⁷⁸; en otro orden apunta el profesor que la autoridad competente haya perdido el control total del Estado y la situación general sea insostenible, con o sin participación de terceros Estados. Pero intervenir aún en esta situación resulta muy discutible en

⁶⁷⁵ Hofmann, Rainer, "Use of the Force and the Responsibility...", *loc. cit. supra* en nota 671.

⁶⁷⁶ Perisic, Petra, "Legal Permissibility of Unilateral Humanitarian...", *loc. cit. supra* en nota 670, p. 47.

⁶⁷⁷ Dicho artículo señala que el consentimiento dado por un Estado a la comisión de un hecho determinado excluye la ilicitud provocada por ese hecho siempre y cuando el Estado "supuestamente infractor" realiza el hecho permaneciendo siempre dentro los límites acordados.

⁶⁷⁸ A lo que agregamos autoridad sí, pero legal e internacionalmente reconocida. Porque entendemos que un gobierno instaurado en un país bajo coacción, fraude en las elecciones presidenciales o golpe de Estado a otro gobierno elegido democráticamente, sin que éste último haya perdido legitimidad, es decir, sin que haya instaurado una dictadura, no podría constituir el gobierno instalado una autoridad legal en ese momento. Póngase por ejemplo el caso del golpe de Estado ocurrido el 28 de junio de 2009 contra el presidente democráticamente elegido de Honduras Manuel Zelaya, el gobierno golpista en principio no carecía de autoridad legal internacional para representar al país en ese momento.

cuanto a que debería ser la ONU, integrada por la casi totalidad de los Estados del mundo, la responsable de actuar, delegando en el Consejo de Seguridad la facultad de tomar esa decisión para preservar la paz y seguridad internacionales. El jurista se pregunta entonces por qué prescindir de acudir a dicha Organización para intervenir militarmente cuando las violaciones de los derechos humanos son cometidas por las propias autoridades⁶⁷⁹.

Finalmente, debe haber un paralelismo entre la teoría clásica de la intervención humanitaria acordada⁶⁸⁰ que estima la legalidad de estas acciones cuando los regímenes dictatoriales someten y reprimen a sus ciudadanos violándoles sus derechos constitucionales y universales, sin que éstos puedan hacer uso de las armas en tanto les está prohibido rebelarse contra su gobierno y la tesis que plantea la práctica doctrinal actual del deber de proteger, es decir, cuando los gobiernos se abstienen de asumir la responsabilidad de proteger a sus súbditos de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entiéndase el crimen de genocidio, crímenes contra humanidad y crímenes de guerra.

En general, creemos que las intervenciones humanitarias, ahora bajo el concepto de “responsabilidad de proteger”, son la mejor manera de hacer frente a las violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos fundamentales en los conflictos armados, cuando estas son manifiestamente patentes. En un conflicto armado puede constituir la fórmula para evitar los excesos y abusos del poder de las Partes en confrontación. Pero hay que impedir también los falsos pretextos para llevar a cabo la intervención, y por esa razón es importante que tal como hemos apuntado, ello se haga únicamente en casos excepcionales, estrictamente humanitarios, como último recurso, y con mandato expreso del Consejo de Seguridad, cuya autoridad nadie cuestiona para adoptar esa medida, y a falta de acuerdo al interior de dicho Órgano, que sea la propia Asamblea General de la ONU con arreglo a la señalada Resolución Unión Pro Paz la que deba decidir.

De todos modos, reconocemos que continúa siendo muy difícil sostener esta tesis

⁶⁷⁹ Remiro Brotóns, Antonio y otros, *Derecho Internacional...*, loc. cit. supra en nota 21, p. 1291.

⁶⁸⁰ Vid. Benjamin, Barry M., “Unilateral Humanitarian Intervention: Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 16, n. 1, 1992, pp. 321-336 (127).

cuando el Consejo de Seguridad de la ONU evita llegar a un acuerdo en situaciones de evidencias claras de violaciones de normas de *ius cogens*, mientras que, por otra parte, para mantener la institucionalidad de la ONU en lo atinente al reparto de competencias, la Asamblea General de la ONU evita actuar cuando el Consejo de Seguridad está conociendo de un asunto. Por ello, el principio de “responsabilidad de proteger” a cuyo amparo podría ser posible actuar sin el aval de la ONU en estos casos, seguirá siendo muy discutible.

6. Establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) por el Consejo de Seguridad de la ONU

El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de la ONU, mediante la Resolución S/RES/955 estableció el TPIR⁶⁸¹. El mismo constituyó otro paso más del Consejo para contribuir a depurar responsabilidades por violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, esta vez las cometidas durante un conflicto armado étnico de naturaleza interna⁶⁸², concretamente por la clara evidencia de la perpetración de genocidio así como de otras violaciones graves como los crímenes de lesa humanidad y de guerra, durante el conflicto armado étnico en Ruanda.

⁶⁸¹ De acuerdo a su Estatuto, el Tribunal tiene competencia *ratione loci*, abarcando su jurisdicción sobre todo el territorio de Ruanda, de los crímenes cometidos desde el primero de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre del mismo año; competencia *ratione personae*, es decir, jurisdicción sobre ciudadanos ruandeses que hayan cometido crímenes tanto en Ruanda como en los Estados circundantes; competencia *ratione materiae*, abarca el genocidio en todas sus variables, crímenes de lesa humanidad en todas sus presentaciones, las violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II. Su jurisdicción es concurrente con la de los tribunales de los Estados Miembros, teniendo éste primacía sobre ellos. Está compuesto por dos Salas de Primera Instancia de tres jueces cada una, una de Apelaciones integrada por cinco jueces, una fiscalía y una secretaría. Ver la siguiente bibliografía seleccionada: Kirk Mcdonal, Gabrielle, “The International Criminal Tribunals: Crime & Punishment in the International Arena”, en *Nova Law Review*, vol. 25, 2000, pp. 463-484; Bassiouni, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, pp. 11-62; Magnarella, Paul, J., “Expanding the Frontiers of Humanitarian Law: The International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *Florida Journal of International Law*, vol. 9, 1994, pp. 421-441 (425); Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., “The International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *EJIL*, vol. 7, n. 4, 1996, pp. 501-518; Meron, Theodor, “International Criminalization of Internal Atrocities”, en *AJIL*, vol. 89, n. 3, 1995, pp. 554-577; Akhavan, Payam, “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *AJIL*, vol. 90, n. 3, July, 1996, pp. 501-510; Von Sternberg, Mark R. “A comparison of the Yugoslavian and Rwandan...”, *loc. cit. supra* en nota 171, pp. 111-156; Mubiala, Mutoy, “Le Tribunal International pour le Rwanda”, en *Revue Générale de Droit International Public*, (RGDIP), vol. 99, n. 4, 1995, pp. 940 y ss.; Karhilo, Jaana, “The Establishment of the International Tribunal for Rwanda”, *loc. cit. supra* en nota 591, pp. 683-713; Torres Pérez, María, “El Tribunal Internacional Penal para Ruanda”, en *Nuevas Controversias Internacionales y Nuevos Mecanismos de Solución*, Bou Franch, Valentín (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 69-135; Quel López, Javier, “La Competencia Material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones...”, *loc. cit. supra* en nota 367, pp. 75-104.

⁶⁸² Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., “The International Criminal Tribunal for Rwanda”, *loc. cit. supra* en nota 681, p. 501.

A diferencia del TPIY, el establecimiento del TPIR se considera tardío, porque el conflicto había terminado aproximadamente cinco meses antes, lo que evidenció las discusiones que se estaban produciendo al interior del Consejo para adoptar esa medida. Además, tal como señala la Resolución indicada, el establecimiento del Tribunal obedeció también a la solicitud que a tal efecto realizó el gobierno de Ruanda el 28 de septiembre de 1994⁶⁸³, y pese a que al momento de las votaciones votó en contra⁶⁸⁴, ya había dado su aprobación⁶⁸⁵. Por otro lado, la creación misma del Tribunal viene dada por las recomendaciones del Relator Especial René Degni-Ségui⁶⁸⁶ y la Comisión de Expertos⁶⁸⁷.

De la misma manera, el Tribunal fue establecido con arreglo al Capítulo VII de la Carta, después de que el Consejo había calificado la situación como amenaza a la paz y seguridad internacionales. Fue la secuencia misma de los efectos del conflicto en la antigua Yugoslavia producidos ahora en Ruanda lo que posibilitó su creación⁶⁸⁸.

⁶⁸³ Ver solicitud de representante del gobierno de Ruanda ante la ONU en: S/1994/1115, de 29 de septiembre de 1994.

⁶⁸⁴ Dentro de las objeciones de Ruanda para emitir su voto negativo estaba que se instaurara la pena de muerte para quienes el Tribunal encontrara culpable, y que la jurisdicción se extendiera a 1990, porque fue la fecha cuando comenzaron las hostilidades. Ver, Bassiouni, M. Cherif. "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years...", *loc. cit. supra* en nota 681, p. 49; Magnarella, Paul, J., "Expanding the Frontiers of Humanitarian Law...", *loc. cit. supra* en nota 681, p. 425.

⁶⁸⁵ Torres Pérez, María, A. y Bou Franch, Valentín. *El Genocidio en Ruanda y el establecimiento del tribunal Internacional Penal para Ruanda...*, *loc. cit. supra* en nota 681, p. 30.

⁶⁸⁶ Informe provisional del Relator Especial, Doc. E/CN.4/1995/7, de 28 de junio de 1994.

⁶⁸⁷ Informe provisional del la Comisión de Expertos, Doc. S/1994/1125, de 4 de octubre de 1994, par. 146-154.

⁶⁸⁸ Akhavan, Payam, "The International Criminal Tribunal for Ruanda...", *loc. cit. supra* en nota 681, p. 501; Bassiouni, M. Cherif. "From Versailles to Rwanda...", *loc. cit. supra* en nota 681, p. 47. Es necesario destacar que la defensa en el caso Joseph Kanyabashi trató de atacar la competencia del Tribunal argumentando varias razones de las cuales extraemos las dos más importantes: por un lado, lo referente al establecimiento del Tribunal, según el cual se violó la soberanía de Ruanda porque no se hizo por medio de la Asamblea General, y por otro lado, en el sentido de que el Consejo de Seguridad carecía de competencia para su establecimiento. Respecto a la primera cuestión, la Sala de Primera Instancia respondió con el artículo 25 de la Carta el cual establece que los Miembros de la ONU han quedado constreñido a respetar las decisiones del Consejo de Seguridad; asimismo, enfatizó sobre el consentimiento otorgado por Ruanda para la creación del Tribunal, donde ya había dado su aquiescencia. En cuanto a la segunda cuestión, la Sala dictaminó que el Consejo de Seguridad tiene un amplio margen de discreción para decidir cuándo una situación constituye amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y en el conflicto de Ruanda, el Consejo ya había alertado sobre la cantidad de refugiados llegados a países vecinos, suficiente para que haya calificado la situación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, de otro lado, la Sala considera que las medidas contempladas en el artículo 41 no son exhaustiva, son solo ejemplos de las medidas por la cuales el Consejo puede decidir imponer a los Estados para remediar un conflicto. Vid. *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi* (ICTR -96-15-T), Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 June 1997, pars. 13-14-27.

Asimismo, constituye una reafirmación de la política del Consejo de Seguridad en la Post Guerra Fría hacia el “*neo humanitarismo*”⁶⁸⁹ proveniente del proceso de humanización de la sociedad internacional en el nuevo orden mundial, que ha hecho posible un mayor interés y preocupación del Consejo y la comunidad internacional por hacer respetar las obligaciones dimanantes de los derechos humanos fundamentales y del derecho internacional humanitario durante un conflicto armado. De ahí que, como afirma Carrillo Salcedo, se ubica en un protagonismo sin paralelo en la historia de la ONU, que el Consejo de Seguridad haya establecido los tribunales penales *ad hoc* en la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), con el objetivo de que los culpables no quedaran impunes⁶⁹⁰. Ambos tribunales constituyeron hechos sin precedentes en la historia de la ONU, y fue una novedad en el ámbito del derecho internacional penal⁶⁹¹, que sirvió para sentar las bases que contribuyeron a la adopción del Estatuto de la CPI.

Al igual que el TPIY, el TPIR deberá concluir toda su labor el 31 de diciembre de 2014 (Resolución S/RES/1966, de 22 de diciembre de 2010), para lo cual también se estableció una subdivisión del Mecanismo Residual Internacional, quien deberá asumir la transición de la jurisdicción, derechos y obligaciones del Tribunal. La subdivisión comenzó a operar el 30 de junio de 2011, pudiendo también transferir causas a los tribunales nacionales. El TPIR desde que emprendió su labor ha trata 75 casos, de los cuales 24 personas han sido condenadas, 16 se encuentran en proceso de apelación, 12 absueltos, 4 casos transferidos a la jurisdicción nacional, 2 fallecidos mientras esperaban juicio, 2 liberados, y 9 se declararon culpables⁶⁹². En virtud de la Resolución S/RES/2194, de 18 de diciembre de 2014 se prorroga la vigencia del Tribunal hasta el

⁶⁸⁹Pat Gibbons, Dublin, “Humanitarian Transformation: Concepts, Causes and Challenges”, en: *Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht: Humanitarian Action Facing the New Challenges*, en Markus Moke, Andrej Zwitter y Christoph Schewe (eds.), BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, pp. 11-26; Reindorp, Nicola, “Trends and challenges in the UN humanitarian system”, en *The new humanitarianisms: a review of trends in global humanitarian action*, Joanna Macrae (edit), HPG Report, Overseas Development Institute, London, 11, April 2002, pp. 29-38; Chandler, David, “The Road to Military Humanitarianism: How the Human Rights NGOs Shaped A New Humanitarian Agenda”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 3, 2001, pp. 678-700.

⁶⁹⁰Carrillo Salcedo, Juan A., “La Cour Pénale Internationale...”, *loc. cit supra* en nota 583, p. 23. Véase también Akhavan, Pavam, “Beyond Impunity: Can International Criminal Justice...”, *loc. cit supra* en nota 583, p. 30. Por otra parte, Es importante recalcar que durante del desarrollo de los conflictos africanos y asiáticos que hemos venido mencionado a lo largo de esta investigación en plena Guerra Fría, la persecución del individuo por violaciones grave de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario no constituía una prioridad del Consejo de Seguridad, en ese momento, lo constituía el papel hegemónico de las Grandes Potencias en el seno de dicho Consejo.

⁶⁹¹Figueroa Pla, Uldaricio, *Organismos Internacionales*, Teorías y Sistemas Universales, Tomo I, Ril, Santiago de Chile, 2010, pp. 337-338.

⁶⁹² Consultar web <http://www.unictl.org/>. Fecha de consulta 22 de septiembre de 2013.

31 de diciembre de 2015, fecha en que termina el mandato de algunos jueces, pudiendo prorrogarse hasta que finalicen las causas pendientes.

II. Participación del Consejo de Seguridad de la ONU en el establecimiento de los de tribunales mixtos. Caso especial de Sierra Leona

El establecimiento de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda significaron una función inédita del Consejo de Seguridad de la ONU en la Posguerra Fría al facilitar una nueva fórmula destinada a sancionar a las personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos durante un conflicto armado de carácter interno o internacional. En ese sentido, y como una manera de reafirmar esa conducta, el Consejo de Seguridad decidió promover también la persecución nacional e internacional del crimen con la implementación de los tribunales mixtos o híbridos, llamados así porque combinan elementos internos e internacionales⁶⁹³. Con estas características se crearon tribunales de Timor Oriental, Sierra Leona, Camboya y Líbano, países donde se cometieron crímenes atroces contra las personas civiles y la población civil, exceptuando el Tribunal Especial para el Líbano que ha sido constituido fuera del contexto de un conflicto armado para conocer de crímenes contra políticos, y los tribunales de justicia de Kosovo, reforzados por jueces y fiscales internacionales por la Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK)⁶⁹⁴.

⁶⁹³ Para conocer las ventajas y desventajas de estos tribunales véase: Holvoet, Mathias & De Hert, Paul, "Positioning hybrid tribunals in International criminal justice", en *Tilburg Law Review*, vol. 17, n. 2, 2012, pp. 228-240; Mendez, Parinaz Kermani, "The New Wave of Hybrid Tribunals: A Sophisticated Approach to Enforcing International Humanitarian Law or an Idealistic Solution with Empty Promises?", en *Criminal Law Forum*, vol. 20, n. 1, 2009, pp. 53-95; Raub, Lindsey, "Positioning hybrid tribunals in International criminal justice", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, n. 4, 2008, pp. 1013-1054; Nouwen, Sarah M.H., "Hybrid courts" The hybrid category of a new type of international crimes courts", en *Utrecht Law Review*, vol. 2, n. 2, 2006, pp. 190-214; Dickinson, Laura A., "The Promise of Hybrid Courts", en *AJIL*, vol. 97, n. 2, 2003, pp. 295-310; Mgrett, Frederic, "In Defense of Hybridity: Towards a Representational Theory of International Criminal Justice", en *Cornell International Law Journal*, vol. 38, n. 3, 2005, pp. 725-751; De Bertodano, Sylvia, "Current Developments in Internationalized Courts", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 1, 2003, pp. 226-244; Mundis, Daryl A., "New Mechanisms for the Enforcement of International Humanitarian Law", en *AJIL*, vol. 95, n. 4, 2001, pp. 934-952.

⁶⁹⁴ En los tribunales penales de Kosovo fueron nombrados jueces y fiscales internacionales para garantizar la independencia e imparcialidad del poder judicial y la administración de justicia. La orden provino de la UNMIK, establecida por el Consejo de Seguridad en virtud de la Resolución S/RES/1244 de 10 de junio de 1999. El 25 de julio de 1999 la UNMIK adoptó el Reglamento 1999/1, por el que se subroga toda autoridad en Kosovo, y con arreglo a ello aprueba el Reglamento 2000/6, el 15 de febrero de 2000, por el que el representante especial del Secretario General podrá nombrar y destituir jueces y fiscales internacionales en el Tribunal del Distrito de Mitrovica y hasta donde abarque su jurisdicción; extendido pronto al resto de los tribunales que conforman el sistema de justicia de Kosovo, de acuerdo al Reglamento 2000/34, del 27 de mayo del 2000, y el Reglamento 2000/64, de 15 de diciembre de 2000.

Cada uno fue establecido siguiendo un patrón que lo diferencia de los demás. Por ejemplo, los Paneles Especiales para Timor Oriental fueron establecidos por la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET), actuando como órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, en virtud de la Resolución S/RES/1272 de 25 de octubre de 1999. Los Paneles fueron establecidos para juzgar a los individuos responsables de violaciones flagrantes y sistemáticas del derecho internacional humanitario y los derechos humanos cometidas antes y después de la consulta popular realizada en el mes de agosto de 1999 para decidir por la independencia o continuidad del territorio como provincia autónoma de Indonesia, quien había ocupado Timor Oriental desde 1975, por lo que tenía la responsabilidad de proteger a las personas civiles en calidad de potencia ocupante⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ El 7 de diciembre de 1975 Indonesia se anexionó Timor Oriental, a los pocos días de haberse retirado Portugal como potencia colonizadora, el 28 de noviembre del mismo año. *A priori* es necesario destacar que por tratarse de un conflicto de ocupación, las normas aplicables son las correspondientes a los conflictos armados internacionales, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 3 del Protocolo Adicional I. Hay una controversia en ese sentido, dado que Indonesia, una vez se anexionó el territorio, lo proclamó como su provincia número 28, y así fue reconocido por Australia y Nueva Zelanda, a ello se añade la renuencia del Consejo de Seguridad a hacer referencia a la ocupación en sentido estricto al derecho internacional humanitario, sus resoluciones pertinentes estaban enfocadas a lograr, dentro de un marco pacífico, la libre elección de Timor de seguir bajo soberanía Indonesia con autonomía propia u optar por la independencia. Entonces se produjeron varios acuerdos a tales efectos, uno entre Portugal e Indonesia el 5 de mayo de 1999, y el otro entre estos dos Estados y la ONU en la misma fecha. La consulta se llevó a cabo el 30 de agosto de 1999, donde los timorenses optaron por la independencia, proceso que fue organizado y observado por la Misión de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNAMET), creada por la Resolución S/RES/1246, de 11 de junio de 1999. Sin embargo, antes y después de la consulta, en el informe S/1999/976, de 14 de septiembre, de la UNAMET, se enuncian asesinatos en masa, entre ellos de estudiantes, intelectuales y activistas, destrucción de viviendas y edificios, traslado y reasentamiento forzoso de la población a Timor Occidental, todo como parte de la “operación tierra quemada” cuyo significado consistía en dar muerte a todos los partidarios de la independencia; por otro lado, se señala evidencias de violaciones del derecho internacional humanitario, cometidas sobre todo por las milicias Aitarak favorables a una autonomía continuada con Indonesia, quienes contaban con su apoyo y ayuda, pero las pruebas disponibles no comprometían lo suficientemente a Indonesia de tales acciones. Los hechos enunciados fueron condenados por el Consejo de Seguridad en la Resolución S/RES/1264, de 15 de septiembre, que declaró la situación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, hizo énfasis en la responsabilidad de los autores de las violaciones sistemáticas, generalizadas y patentes del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, y en ese mismo orden, autorizó el envío de una fuerza multinacional, la International Force for East Timor (INTERFET), con arreglo al Capítulo VII de la Carta para restablecer la paz, con la posibilidad de emplear todas las medidas necesarias para cumplir con el mandato. Entonces, para terminar de componer el nuevo Estado decidió crear la UNTAE, el 25 de octubre de 1999 (Resolución S/RES/1272), órgano subsidiario, con la misión de dotar al Estado de todas sus estructuras, por lo que le fue concedida la autoridad administrativa, política y judicial. En cuanto a esto último, la UNTAET aprobó el Reglamento 2000/11, de 6 de marzo de 2000, por el que organiza y regula el sistema de justicia timorense, y el Reglamento 2000/15, 6 de junio de 2000, por el que creaba los Paneles Especiales para perseguir y enjuiciar a los responsables de las matanzas y asesinatos ocurridos desde el 1 de enero de 1999 hasta la fecha de la aprobación de la UNTAET, el 25 de octubre del mismo año, con competencia para conocer de los crímenes de guerra, genocidio, crímenes de contra la humanidad, así como los contemplados en la ley nacional, y por otro lado, se le atribuyó el ejercicio de jurisdicción extraterritorial, estando los Estados obligados a cooperar con los Paneles Especiales. Éstos concluyeron

En cambio, las Salas Extraordinarias para Camboya obedecen a un acontecimiento pasado, fue un tribunal instaurado por un acuerdo entre el Estado y la ONU para juzgar a los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, el código penal camboyano, la costumbre internacional y las convenciones internacionales adoptadas por Camboya, durante el período de Kampuchea Democrática, como se llamaba el Estado durante el régimen de los jemeres rojos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de febrero de 1979⁶⁹⁶. No está claro si la inclusión de las violaciones graves del

su labor el 20 de mayo de 2005, hallando culpables a 87 personas por crímenes de lesa humanidad; pero el Tribunal de Distrito de Dili continuó procesando a supuestos responsables de las matanzas registradas en el período indicado porque la legislación interna preveía la persecución de los crímenes de que eran competentes los Paneles Especiales, y por influencia del Consejo de Seguridad de la ONU de evitar que los criminales fueran exculpados a raíz de una Comisión de Verdad y Amnistía creada por las autoridades de Timor e Indonesia en marzo de 2005. Finalmente, es necesario destacar que Indonesia creó un Tribunal *ad hoc* en Yakarta, para juzgar a sus ciudadanos culpables de matanzas y asesinatos durante los enfrentamientos del 2009, antes y después de la consulta sobre la independencia, y como medio para contener la presión internacional; se había estado procesando a unas dieciocho personas, doce de ellas absueltas, de las seis restantes, entre ellas el ex gobernador de Timor Oriental, Abilio Soares, fue condenado en 2002 a tres años de cárcel, el proceso continuó con varias apelaciones siendo absuelto en 2003 por el Tribunal Supremo, y así ha estado pasando con los demás acusados y sentenciados en primera instancia. Sobre el proceso penal llevado a cabo en Dili véase De Bertodano, Sylvia, “Current Developments in Internationalized Courts: East Timor – Justice Denied”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 3, 2004, pp. 910-926. Llama la atención que ninguno de los acusados haya sido condenado por crímenes de guerra ni genocidio. Para un análisis de la situación y el derecho aplicable respecto a los crímenes de guerra véase Kress, Claus, “The 1999 crisis in East Timor and the threshold of the law on war crimes”, *loc. cit. supra* en nota 149, pp. 409-470; también Levrat, Bertrand, “El Derecho Internacional Humanitario en Timor Oriental”, en *RICR*, n. 841, 2001, pp. 77-700; sobre el control efectivo de Indonesia en el territorio de Timor Oriental véase, Ruíz Colomé, María A. “El Tercero Indispensable en el Asunto de Timor Oriental: Una Noción a la Medida de la Corte Internacional de Justicia para la Determinación de su Propia Competencia”, en *REDI*, n. 1, vol. XLVIII, 1996, pp. 99-124; CIJ, Asunto Relativo a Timor Oriental (Portugal v. Australia), 30 de junio de 1995, par. 13, p. 96.

⁶⁹⁶ La situación de Camboya es también excepcional, tiene inscrito un episodio vergonzoso en la historia contemporánea. Tras independizarse de Francia en virtud del cumplimiento de los Acuerdos de Ginebra de 1954, el Estado cae bajo una dictadura militar comandada por el general Lon Nol, pero el 17 de abril es derrocado por la guerrilla comunista de los Jemeres Rojos. Ante la indiferencia de la comunidad internacional como consecuencia de la Guerra Fría se producen otros de los hechos más atroces después de la Segunda Posguerra, el genocidio camboyano. Se trataba de un proyecto nacionalista de ideología maoísta dirigido a acabar con el conocimiento científico. El régimen persiguió y asesinó a intelectuales, científicos, escritores, médicos, etc., en cambio fomentó el campesinado y el cultivo de las tierras. Se calcula que murieron cerca de dos millones de camboyanos durante el régimen opresor. La invasión de Vietnam en 1979 aminoró las matanzas, pero estas continuaron por los territorios bajo dominio de Pol Pot, el líder de los Jemeres Rojos. Con los Acuerdos de París de 23 de octubre de 1991 la democracia se hizo presente. El Consejo de Seguridad, mediante la Resolución 717 (1991), crea la Misión de Avanzada de las Naciones Unidas para Camboya con el establecimiento de la una Autoridad Provisional de la ONU en Camboya (APRONUC), mientras el príncipe Sihanuk asumía la dirección del Estado de manera temporal. La finalidad principal de la autoridad de la ONU consistió en propiciar un entendimiento entre las Partes: Pol Pot, Hun Sen y el príncipe Sihanuk. Por entonces, el príncipe solicita a la ONU iniciar una investigación contra los responsables de las matanzas durante el régimen de los Jemeres Rojos. Es en ese sentido que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU trata del tema de la responsabilidad individual en la Resolución 1997/49, refiriéndose concretamente a los crímenes de lesa humanidad y genocidio; por ello, la Asamblea General de la ONU autoriza que se nombre una Comisión de Expertos a esos fines en la Resolución A/RES/52/135, de 12 de diciembre de 1997. La Comisión elaboró un informe donde enunciaba las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, teniendo como objetivo el exterminio de millones de camboyanos; dicho informe constituyó el inicio de proceso para instituir un tribunal penal internacional para Camboya. El Tribunal comenzó a operar el 17 de febrero de 2009. Ver acuerdo entre la

derecho internacional humanitario tiene que ver con el poco reconocimiento internacional al régimen instaurado por los jemeres rojos tras derrocar al gobierno golpista de Lon Nol en 1975, pues fue este último quien destronó en 1970 al Primer Ministro el príncipe Norodom Sihanouk, cargo este que había obtenido democráticamente en las elecciones de 1955. De ser así, es un error dar por entendida la finalización de la guerra civil en el año 1975 cuando los jemeres rojos asumen el control total del Estado. En concreto, la inclusión de las violaciones graves del derecho internacional humanitario significa que todavía durante el gobierno señalado el conflicto armado estaba en curso y que, por tanto, los casi dos millones de personas asesinadas por el régimen de Pol Pot fueron consideradas personas civiles.

El Tribunal Especial para el Líbano constituye un caso especial porque se instauró fuera del ámbito de un conflicto armado, haciendo imposible la referencia a las categorías de persona civil y población civil. El Tribunal, en principio, fue posible por medio de un acuerdo entre la ONU y el gobierno del Líbano; sin embargo, debido a las diferencias entre los parlamentarios para ratificar el acuerdo, el Consejo de Seguridad terminó instaurándolo por medio del Capítulo de VII de la Carta como medida coercitiva. De tal manera que adquirió la categoría de internacional⁶⁹⁷. Asimismo, es la primera vez en la historia de la ONU que el Consejo crea un tribunal para perseguir a individuos

ONU y el gobierno de Camboya en: Kiernan, Ben, "Cambodia and the United Nations - Legal Documents", en *Critical Asian Studies*, vol. 34, n. 4, 2002, pp. 611-621; En cuanto al genocidio en Camboya, su persecución y los problemas acerca del establecimiento del Tribunal véase: Mccargo, Duncan, "Politics by other means? The virtual trials of the Khmer Rouge tribunal", en *International Affairs*, vol. 87, n. 3, 2011, pp. 613-627; Casas, Roger, "La Larga Marcha de la Justicia en Camboya", 11 de enero de 2007, en *Global Affairs*, pp. 1-6, 2007; De Bertodano, Sylvia, "Problems Arising from the Mixed Composition and Structure of the Cambodian Extraordinary Chambers", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 2, 2006, 285-293; Klein, Katheryn M, "Bringing the Khmer Rouge to Justice: The Challenges and Risks Facing the Joint Tribunal in Cambodia", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 4, n. 3, 2006, pp. 549-566; Kiernan, Ben, "Introduction: Conflict in Cambodia, 1945-2002", en *Critical Asian Studies*, vol. 34, no 4, 2002, pp. 483-495; Schabas, William, Cambodia: Was it Really Genocide?, en *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 2, 2001, pp. 470-477; Bunyanunda, mann (mac) , "The Khmer Rouge on Trial: Whither the defense?", en *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001, pp. 1581-1621. Sobre el genocidio véase Affonço, Denise, *El infierno de los jemeres rojos: testimonio de una superviviente*, traducción de Daniel Gascón, Libros del Asteroide, Barcelona, 2013; Cook, Susan E., *Genocide in Cambodia and Rwanda: New Perspectives*, Transaction Publisher, New Jersey, 2006; Fawthrop, Tom and Jarvis, Helen, *Getting Away With Genocide? Elusive Justice and the Khmer Rouge Tribunal*, A UNSW Press Book, University of New South Wales Press, Sydney, Australia, 2005; Kiernan, Ben, *The Pol Pot Regime: Race, Power, and Genocide in Cambodia Under the Khmer Rouge, 1975-79*, Yale University Press, United States of America, 2002.

⁶⁹⁷ Al respecto véase Schabas, William A. "The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an 'International Criminal Court'?", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 2008, pp. 513-528.

responsables de cometer asesinatos contra políticos, pues hasta ahora se había enfocado en las violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos⁶⁹⁸.

El Tribunal Especial para Sierra Leona merece especial atención, debido a que fue el resultado directo de las consecuencias sufridas por un auténtico conflicto armado político vigente desde 1992. Sin embargo, el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) tiene competencia para conocer la responsabilidad por violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas a partir del 30 de noviembre de 1996, porque fue en esa fecha cuando las Partes involucradas, el Frente Revolucionario Unido (RUF/FRU) y el gobierno de Alhaji Ahmad Tejan Kabbah, electo en las elecciones

⁶⁹⁸ El 14 de febrero de 2005 es asesinado en pleno centro de Beirut, capital del Líbano, el primer ministro Rafiq Hariri, junto a otras diecinueve personas, resultando además heridas decenas de personas mediante el estallido de un coche bomba. Al día el atentado es condenado por el Consejo de Seguridad mediante la Declaración de la Presidencia S/PRST/2005/4, de 15 de febrero de 2005. La misma exhorta al gobierno del Líbano a sancionar a los autores, organizadores y patrocinadores del hecho, y por otro lado, solicita al Secretario General presentar información sobre las causas y consecuencias del acto; recuerda además que en sus resoluciones S/RES/1566, de 8 de octubre de 2004 y S/RES/, de 28 de septiembre de 2001, había advertido que los atentados terroristas constituyen amenaza a la paz y seguridad internacionales, alertando a los Estados a prevenirlos y sancionarlos, así como evitar su financiación. El informe preliminar del Secretario General apunta a la participación de Siria y a la negligencia de los servicios de seguridad libaneses de esclarecer los hechos. Por ello, el Consejo de Seguridad, en virtud de la Resolución S/RES/1595, de 7 de abril de 2005, autoriza la creación de una Comisión Internacional de Investigación para encontrar a los responsables y coautores. Entonces, el Primer Ministro Emile Lahoud, mediante una carta vía Secretario General, solicita al Consejo la creación de un tribunal internacional para procesar a los responsables del atentado; solicita también que se investigue la tentativa de asesinato del Ministro Marwan Hamade el 1 de octubre de 2004, tras una explosión de un coche bomba próximo a su vehículo, en el que murió su guardaespaldas y chofer. En ese sentido, el Secretario General comenzó a hacer las negociaciones con el gobierno libanés para establecer un Tribunal Especial para el Líbano, acuerdo que fue suscrito el 6 de febrero de 2007 junto con la aprobación del Estatuto del Tribunal. Éste tendría competencia para juzgar a los culpables de la muerte del Primer Ministro Hariri, con la posibilidad de procesar también si lo considerase oportuno a las personas responsables de otros ataques ocurridos entre el 1 de octubre de 2004 y diciembre de 2005, si han sido de la misma naturaleza y gravedad. Sin embargo, ante la negativa del parlamento libanés de ratificarlo, el Consejo de Seguridad, de acuerdo al Capítulo VII de la Carta adopta la Resolución SRES/1757, de 30 de mayo de 2007, por la que crea el tribunal, el cual tiene su sede en La Haya. Actualmente se encuentra en proceso para juzgar a cuatro militantes de Hezbolá, Salin Jamil Ayyash, Mustafa Amina Badreddine, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, contra quienes existe acusación confirmada desde el 28 de junio de 2011, y orden de arresto presentada ante las autoridades del Líbano, sin captura todavía, por lo que el Tribunal dictaminó en febrero de 2013 juzgarlo *in absentia*, sin embargo el caso sigue en instrucción; mientras el abogado de las defensas ya tiene preparada una moción sobre la jurisdicción del Tribunal y su competencia (caso Ayyash *et al.*, STL-11-01). Véase la siguiente bibliografía especializada acerca del Tribunal Especial para el Líbano y su establecimiento: Ambos, Kai, “Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n. 3, 2011, pp. 655-675; Mettraux, Guénael, “The Internationalization of Domestic Jurisdictions by International Tribunals: The Special Tribunal for Lebanon Renders Its First Decisions”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 5, 2009, pp. 911-926; Schabas, William A. “The Special Tribunal for Lebanon: Is a ‘Tribunal of an International Character’ Equivalent to an ‘International Criminal Court’?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 2008, pp. 513-528; Jurdi, Nidal Nabil. “The Subject-Matter Jurisdiction of the Special Tribunal for Lebanon”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 5, 2007, pp. 1125-1138; Swart, Bert. “Cooperation challenges for the Special Tribunal for Lebanon”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 5, 2007, pp. 1153-1163.

libres del 26 de marzo de 1996, concluyeron un acuerdo (Acuerdo de Abidján) en la ciudad de Abidján (Costa de Marfil) bajo los auspicios de la ONU y la Organización para la Unidad Africana (OUA); el mismo tenía por objetivo principal instalar un gobierno civil⁶⁹⁹. Cabe destacar que el gobierno de Valentine se consideraba ilegítimo porque había subido al poder mediante un golpe de Estado llevado contra el presidente legítimo Saidu Moo en 1992, mientras se desempeñaba como capitán del ejército.

Pero el Acuerdo de Abidján nunca llegó a aplicarse porque las hostilidades continuaron, y el 27 de mayo de 1997, el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC/CRFA), bajo la dirección de Johnny Paul Koroma, patrocinó un golpe de Estado contra el presidente Kabbah, uniéndose a su causa más tarde el RUF⁷⁰⁰. Esto provocó que el Consejo de Seguridad condenara inmediatamente el hecho en la Declaración de la Presidencia S/PRST/1997/29, del mismo día, llamando a restablecer el orden institucional. Le siguió la Declaración S/PRST/1997/36, de 11 de julio y S/PRST/1997/42, de 6 de agosto, donde se muestra preocupado por la situación y sus efectos contra la población civil, desplazados y refugiados, así como la interrupción de la junta militar en la prestación de asistencia humanitaria.

La Junta Militar hizo caso omiso a la solicitud del Consejo de Seguridad en las declaraciones precedentes. Por tal razón, el Consejo determinó que la situación constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales, y adoptó la Resolución S/RES/1132, de 8 de octubre de 1997, con arreglo al Capítulo VII de la Carta. En la misma, solicita a la Junta que abandone inmediatamente el poder y restablezca el orden institucional, que ponga fin a los actos de violencia y permita la prestación de asistencia humanitaria. Solicita, además, a los Estados prohibir la entrada de los integrantes de la junta militar en sus territorios; la prohibición de venta o suministro de petróleo y sus

⁶⁹⁹ Peace Agreement between the Government of the Republic of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone, signed at Abidjan on 30 November 1996. Dentro de las particularidades del Acuerdo estaban: reconocimiento del FRU como entidad política y permitírsele participar en las elecciones; amnistía para los combatientes, liberación de secuestrados y presos; alto el fuego, desarme de la población; restauración de las fuerzas armadas; modificación de la Constitución, entre otras. Ver en: http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/sierra_leone_1130199_6.pdf, Colección digital de United States Institute of Peace, en: www.usip.org, fecha de consulta 23 de agosto de 2013.

⁷⁰⁰ Vid. Keen, David, *Conflict & Collusion in Sierra Leone*, International Peace Academy, New York, 2005, pp. 208-209; Ayissi, Anatole and Poulton, Robin Edward, *Bound to Cooperate: Conflict, Peace and People in Sierra Leone*, United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR), Geneva, Switzerland, 2006, p. 40.

derivados, armas, municiones, equipo militar, etc. a Sierra Leona, por lo que recomienda a la CEDEAO inspeccionar estas prohibiciones, al tiempo que reconoce sus esfuerzos en la solución del conflicto. De esta manera quedó legalizada la intervención de la Organización que se encontraba participando en el conflicto desde 1991 con las fuerzas de la ECOMOG.

La Junta Militar continuó incumpliendo las peticiones del Consejo, pero las fuerzas de la ECOMOG lograron expulsarla y restaurar a Kabbah en el poder el 12 de febrero de 1998⁷⁰¹. Ello creó un clima favorable para que la ONU se inmiscuyera con más empeño en iniciar un proceso de paz y reconciliación entre las fuerzas dominantes. Sin embargo, el AFRC y el RUF siguieron cometiendo violaciones graves del derecho internacional humanitario asesinando a cientos de personas civiles, mutilando partes del cuerpo a sobrevivientes, y violando mujeres, esta vez en la frontera oriental de Sierra Leona con Guinea, controlada por los rebeldes. Asimismo, innumerables desplazados huyeron a otras ciudades y cientos de miles de refugiados llegaron a Estados vecinos como Guinea y Liberia⁷⁰².

Es en ese sentido que el Consejo adopta la Resolución S/RES/1181, de 13 de julio de 1998, creando la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en Sierra Leona (UNOMSIL), con el mandato de vigilar el desarme y desmovilización de los ex combatientes y voluntarios de las Fuerzas de Defensa Civil (CDF/FDC), procurar que se cumpla el derecho internacional humanitario e informar sobre su inobservancia.

No obstante, las violaciones del derecho internacional humanitario continuaron, esta vez porque un jurado del Tribunal Superior de Freetown encontró culpable de traición y otros delitos al dirigente de RUF, Foday Sankoh, quien había sido extraditado desde Nigeria, siendo por tanto condenado a muerte el 23 de octubre de 1998⁷⁰³. Entonces, las fuerzas leales al dirigente amenazaron con atacar a la población civil, a las Fuerzas de Defensa Civil y a los miembros de la ECOMOG si no liberaban a su líder. Después de la ejecución, los rebeldes cumplieron con lo enunciado, masacrando personas civiles,

⁷⁰¹ Blanc Altemir, Antonio, "El tribunal especial para sierra leona: Un instrumento contra la impunidad por Las violaciones graves del derecho Internacional humanitario", en *Rev – Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, pp. 101-137 (103).

⁷⁰² Vid. informe de Secretario General S/1998/486, de 9 de junio de 1998.

⁷⁰³ Vid. informe del Secretario General S/1998/1176, del 16 de diciembre de 1998, par. 4.

mutilando y amputando sus partes, cometiendo violaciones, quemando vivos a hombres y mujeres, llevando a cabo secuestros, saqueos de viviendas y destrucción de las mismas⁷⁰⁴.

La situación se tornó apropiada para que el 6 de enero de 1999, nuevamente el RUF y el grupo de ex militares del Ejército de Sierra Leona (ex ESL/SLA) invadieran la capital Freetown derrocando otra vez a Kabbah, dejando un saldo aproximado de más de seis mil personas civiles asesinadas, además de un sinnúmero de mutilados, de hombres, mujeres y niños secuestrados, así como de destrucción de propiedades⁷⁰⁵. Las tropas de la ECOMOG reaccionaron expulsando por segunda vez a los golpistas y reinstaurando a Kabbah.

Como consecuencia de ello, y por influencia de la CEDEAO, el presidente Kabbah decide dejar en libertad a Foday Sankoh, no sin antes comprometer a las Partes a un alto el fuego mediante la firma de un acuerdo de paz. Dicho Acuerdo se llevó a cabo el 7 de julio de 1999, en Lomé (Togo), entre el gobierno de Sierra Leona y el RUF⁷⁰⁶. Entre las disposiciones del Acuerdo estaban enmendar la Constitución y convocar elecciones; la creación de una Comisión de Consolidación de la Paz para garantizar el cumplimiento del Acuerdo, promover la reconciliación y el bienestar entre las Partes, y dentro de ésta, una Subcomisión de la Verdad y Reconciliación, la cual establecerá un foro para contar la historia de las violaciones de los derechos humanos desde el comienzo del conflicto en 1991, con la esperanza de curar las heridas y que no se vuelva a repetir, la rehabilitación de las víctimas; amnistía para el dirigente del RUF Foday Sankoh, y todos sus combatientes y miembros de su agrupación, los del AFRC, la CDF y los ex ESL/SLA, incluyendo los que se encuentran exiliados, con el objetivo de promover la paz y la reconciliación nacional, teniendo el gobierno la responsabilidad de llevar a cabo ese compromiso, entre otros aspectos⁷⁰⁷. Al respecto, cabe señalar que el representante del Secretario General reservó su firma al Acuerdo siempre y cuando la amnistía no se

⁷⁰⁴ *Ibidem*, pars. 36-37.

⁷⁰⁵ Udombana, Nsongurua J., "Globalization of Justice and the Special Court for Sierra Leone's War Crimes", en *Emory International Law Review*, vol. 17, n. 1, 2003, pp. 55-132 (78-79).

⁷⁰⁶ Vid. informe del Secretario General S/1999/836, de 30 de julio de 1998, pars. 2-3.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, pars. 6-7.

aplicara a quienes hubieran cometido crímenes contra humanidad, genocidio y violaciones graves del derecho internacional humanitario⁷⁰⁸.

Con vista a contribuir a la aplicación del Acuerdo, el Consejo de Seguridad adopta la Resolución S/RES/1270, de 22 de octubre de 1999, por la que crea la Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona (UNAMSIL). Su funciones principales serían la de verificar la aplicación del Acuerdo, asistir al gobierno en las tareas de desarme, facilitar la entrega de prestación humanitaria, etc. En esa misma línea, con arreglo al Capítulo VII le otorga poder para tomar todas las medidas necesarias para garantizar la libertad de movimiento de su personal y brindar protección de las personas civiles que se encuentren bajo amenaza o violencia física.

La violencia se alzó con la muerte de cincuenta mil personas aproximadamente, sobre todo de civiles, entre ellas mujeres y niños. Tal como afirmaba el Secretario General, hubo asesinatos sistemáticos y generalizados contra la población civil, mutilaciones, secuestros, destrucción de hogares, edificios públicos, saqueos, ataques generalizados sin distinguir objetivos civiles de militares, miles de desplazados y refugiados. Hubo cientos de miles de niños reclutados como soldados, en una flagrante violación al artículo 4, párrafos 3 c) y 3 d) del Protocolo Adicional II⁷⁰⁹.

Sin embargo, el 9 de agosto del 2000, el Secretario General recibe una carta del gobierno del Presidente de Sierra Leona, Alhaji Ahmad Tejan Kabbah, dirigida al Consejo de Seguridad, alegando que los miembros del FRU y cómplices continúan cometiendo atrocidades, asesinando, mutilando, utilizando mujeres y niñas como esclavas sexuales, y secuestrando a 500 miembros de la UNAMSIL para quitarles sus uniformes y armamentos. Por ello, solicita al Consejo de Seguridad el establecimiento

⁷⁰⁸Vid. informe del Secretario General S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, pp. 5-6. Sobre el rol de la Subcomisión y el posterior Tribunal creado véase Millar, Gearoid, “Between Western theory and local practice: Cultural impediments to truth-telling in Sierra Leone”, en *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, n. 2, 2011, pp. 177-199; Schabas, William, “The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n. 4, 2003, pp. 1035-1066.

⁷⁰⁹ Vid. informe de Human Rights Watch, “Sierra Leone: Getting Away with Murder, Mutilation, and Rape”, 1 de junio de 1999, A1103, en <http://www.refworld.org/docid/3ae6a7fa0.html> [accessed%203%20August%202013], fecha de consulta 24 de agosto de 2013.

de un tribunal especial para enjuiciarlos⁷¹⁰. El Consejo respondió aprobando la Resolución S/RES/1315, de 14 de agosto de 2000, comprometiendo al Secretario General a iniciar las negociaciones para establecer un tribunal especial independiente. El Acuerdo fue firmado el 16 de febrero de 2002 donde se establecía el TESL⁷¹¹, de composición mixta⁷¹² con asiento en el mismo país y capacidad jurídica propia, con competencia para juzgar a los individuos que tienen la mayor responsabilidad⁷¹³ y han cometido crímenes contra humanidad, violaciones graves del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II, así como otras violaciones graves del derecho internacional humanitario y el derecho de Sierra Leona a partir de 30 de noviembre de 1996⁷¹⁴.

⁷¹⁰ Ver Carta del Secretario General al Consejo de Seguridad, documento S/2000/786, de 10 de agosto de 2000, con carta de anexa del gobierno de Sierra Leona, fechada 12 de junio de 2000.

⁷¹¹ Sobre su establecimiento, naturaleza y características véase Human Rights Watch, “Bringing Justice: the Special Court for Sierra Leone: Accomplishments, Shortcomings, and Needed Support”, en: *Human Rights Watch*, vol. 16, n. 8 (A), 2004, pp. 1-50, vid. en <http://www.hrw.org/reports/2004/sierraleone0904/sierraleone0904.pdf>, fecha de consulta 20 de agosto de 2013; Jones, John R.W. D., y otros, “The Special Court for Sierra Leone: A Defence Perspective”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n 1, 2004, pp. 211-230; Udombana, Nsongurua J., “Globalization of justice and the special Court for sierra leone’s war crimes”, *loc. cit. supra* en nota 705, pp. 55-132; McDonal, Avril, “Sierra Leone’s Shoestring Special Court”, en *RICR/IRRC*, vol. 84, n. 845, 2002, pp. 121-143; Beresford, Stuart and Muller, A.S., “The Special Court for Sierra Leone: An Initial Comment”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n. 3, 2001, pp. 635-651; Frulli, Micaela, “The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments”, en: *EJIL*, vol. 11, n. 4, 2000, pp. 857-869.

⁷¹² De acuerdo al artículo 12 del Estatuto del Tribunal referente a su composición, éste podrá tener una o más Salas de Primera Instancia de tres jueces cada una, un juez nombrado por el gobierno de Sierra Leona y dos por el Secretario General de la ONU; una Sala de Apelaciones de cinco jueces, tres designados por el Secretario General, y dos elegidos por el gobierno; los jueces suplentes que consideren oportunos; el Fiscal será designado por el Secretario General y un adjunto por el gobierno; una Secretaría.

⁷¹³ La expresión “mayor responsabilidad” tiende a reducir el mayor número de personas que podrían ser acusadas en relación a la cadena de mando. La decisión provino del Consejo de Seguridad al señalar que la Comisión de la Verdad y Reconciliación tendrá un papel preponderante respecto de los delincuentes menores de edad, responsabilizando directamente a los Estados a crear instituciones adecuadas para ese propósito. Asimismo, que el personal de las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz, dígame de la ECOMOG y de la UANMSIL, sea juzgado por sus respectivos Estados que envían, y salvo que se produzca inacción por parte de esos Estados entonces el Consejo decidirá al respecto. Ver carta de fecha 22 de diciembre de 2000 dirigida al Secretario General por el Presidente del Consejo de Seguridad, documento S/2000/1234, de 22 de diciembre de 2000, par. 1. No obstante, de acuerdo al artículo 7 del Estatuto, el Tribunal tendrá competencia para juzgar a las personas de entre 15 y 18 años, considerando su posible rehabilitación y reinserción en la sociedad.

⁷¹⁴ Los artículos que recogen la competencia *ratione materiae* del Estatuto son el artículo 2, que contiene los crímenes contra la humanidad (asesinato, exterminio, esclavitud, encarcelamiento, tortura y otros tratos inhumanos, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzoso), persecución por motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos y otros actos inhumanos; el artículo 3, que recoge las violaciones graves del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II; artículo 4, que menciona otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, entre ellas ataques intencionados contra la población civil o personas civiles que no participen en las hostilidades, y contra el personal sanitario, instalaciones, unidades o vehículos y material destinados a la prestación de asistencia humanitaria; por otro lado, reclutar o alistar a niños menores de 15 años a las fuerzas armadas para que participen activamente en las hostilidades; y finalmente, el artículo 5, que enuncia las violaciones al derecho interno, sobre todo las leyes que prohíben abusar de niñas menores de trece y catorce años de edad, como puede ser su secuestro con fines inmorales; asimismo, prender fuego a los edificios públicos, casas, viviendas y destrucción de bienes previstos en la Ley de Daños Malintencionados de 1861 (Malicious Damage Act, 1861). Cabe destacar que el artículo sobre reclutamiento y alistamiento de niños menores de quince años

Fueron precisamente estos crímenes, competencia *ratione materiae*, los que cuestionaron el establecimiento del Tribunal y su compatibilidad con la concepción de amnistía por parte del gobierno, según negociaron las Partes en el Acuerdo de Lomé⁷¹⁵.

a las fuerzas armadas para que participen activamente en las hostilidades, difiere de la misma disposición incluida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que lo prevé como crimen de guerra. De acuerdo al Secretario General, a pesar de que la prohibición de reclutar o alistar a niños menores de 15 años ha alcanzado rango de derecho internacional consuetudinario, no está claro que esa prohibición tenga el mismo carácter consuetudinario como crimen de guerra y que por tanto comporte responsabilidad internacional penal individual (informe del Secretario General sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, pp. 4-5, pars. 17-18). Véase el Acuerdo y el Estatuto del Tribunal en la página web oficial del Tribunal: <http://www.sc-sl.org/DOCUMENTS/tabid/176/Default.aspx>

⁷¹⁵ El artículo 10 del Estatuto del Tribunal establece que la concesión de amnistía dentro de los crímenes de su competencia no será obstáculo para procesar a un individuo por ello. Pero esta disposición podría ser contraria artículo IX del Acuerdo de Lomé que establecía el compromiso del gobierno de otorgar perdón o amnistía a todos los combatientes y colaboradores del FRU, ex AFRC, ex SLA y CDF, del mismo modo establece que el gobierno se asegurará de que no se tomén ninguna medida judicial contra ellos. Así pues, en el caso *Prosecutor v. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara* (caso AFRC), SCSL-2004-15-AR72 (E) y SCSL-2004-16-AR72 (E)) respectivamente, de 13 de marzo de 2014, el Tribunal tuvo que determinar la validez de la disposición del artículo IX del Acuerdo de Lomé respecto a la concesión de amnistía, con la facultad del Tribunal de continuar con el proceso penal contra un individuo que haya sido amnistiado. Los acusados presentaron una moción ante la Sala de Primera Instancia, que de acuerdo al artículo 72 e) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal debía ser contestado por la Sala de Apelaciones. En el incidente, los acusados alegaron que el Acuerdo de Lomé era vinculante para Sierra Leona, regido por el derecho de los tratados de la Convención de Viena de 1969, por lo que con el tratado posterior creador del Tribunal, Sierra Leona violó sus obligaciones internacionales en el sentido de que debía hacer todo lo posible legalmente para evitar que los combatientes sean procesados ante la justicia; argumentan además que la doctrina del “abuso procesal” (responsabilidad civil o penal extracontractual por el mal uso de una acción en un proceso judicial que no tiene justificación legal) es aplicable a las violaciones graves por la que el Tribunal está facultado a enjuiciarlos; igualmente, aducen que el artículo 10 del Estatuto del Tribunal no impide tomar en cuenta esa doctrina del abuso procesal, y que no todas las amnistías son ilegales en derecho internacional (pars. 22-33). En cuanto a lo primero, la Sala estima que un acuerdo internacional en calidad de tratado crea derechos y obligaciones internacionales regulados por el derecho internacional, cuyo incumplimiento constituye una del derecho internacional, sin embargo, opina la Sala, que el Acuerdo de Lomé no crea derechos ni obligaciones internacionales susceptibles de ser regulados por el derecho internacional sino para una situación determinada, restablecer la paz, de manera que si las hostilidades se reanudan, las medidas que el Consejo de Seguridad puede adoptar no las hace por violación del Acuerdo, sino por la situación reinante en el momento. Efectivamente, el Acuerdo de Lomé no puede por sí solo condicionar la actuación del Consejo de Seguridad en temas que atañen al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales debido a que esa es una de sus funciones principales en casos como el planteado. Ahora bien, en lo que respecta a las obligaciones del acuerdo, la Sala opina que efectivamente un acuerdo de paz en un conflicto armado interno no puede tener el mismo estatus que el producido en un conflicto armado internacional (pars. 42-43), pues, el artículo 3 común no otorga a los insurgentes capacidad jurídica internacional cuando señala que las Partes pueden convenir aplicar mediante acuerdos especiales la totalidad o parte de las disposiciones de los Convenios, sino que todo deviene de la obligación internacional consuetudinaria de observar siempre las obligaciones del artículo para proteger a las víctimas del conflicto, además, los insurgentes no pueden ser Partes en los Convenios, las meras observaciones sobre la organización del grupo sólo sirve para determinar al menos una parte de los elementos objetivos que indican la existencia de un conflicto armado (pars. 45-48). Respecto a la segunda cuestión, la Sala estima que al tenor de lo estipulado en los artículo 53 y 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no se puede demostrar que el artículo 10 del Estatuto del Tribunal viola ninguna norma internacional porque el cumplimiento del artículo IX del Acuerdo de Lomé está relacionado con la acción oficial y judicial a lo interno de Sierra Leona, en cambio la disposición del artículo 10 del Estatuto del Tribunal va vinculado a una obligación con la comunidad internacional (pars. 63-65). Finalmente, en cuanto a las amnistías, reconoce la Sala parafraseando al profesor Cassese que no hay ninguna norma internacional que prohíba la concesión de las amnistías por los crímenes de la competencia de la Corte, pero tampoco se puede

Si bien es cierto que el TESL tiene jurisdicción concurrente con los demás tribunales internos, éste tiene primacía, por lo que puede solicitarles en cualquier etapa del procedimiento de un caso específico que se inhiban a su favor⁷¹⁶, diferenciándose de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que tienen primacía también respecto de los tribunales penales de terceros Estados; pareciéndose más a la CPI en cuanto a su Estatuto en muchos aspectos⁷¹⁷. Por otro lado, por ser establecido por medio de un tratado, la jurisdicción extraterritorial es excluida del tribunal - no obstante el carácter universal de los crímenes - de manera que los Estados no están obligados a cooperar con él, como se irá demostrando a continuación con el caso Taylor. De cualquier manera, se podría ejercitar el principio de jurisdicción universal, o que simplemente el Consejo de Seguridad emita una resolución respecto a cooperar con el Tribunal en virtud del Capítulo VII⁷¹⁸.

Por otro lado, de acuerdo a como fue elaborado el Estatuto, las Partes se decidieron por incluir las normas correspondientes a los conflictos armados internos, ello a pesar de

privar a un tribunal de un Estado perseguir y enjuiciar a los acusados de esos crímenes objetos de jurisdicción universal, el cual deriva de la obligación de proteger la dignidad humana (par. 71). En conclusión, destaca la Sala, que el Acuerdo de Lomé estableció las amnistías sólo en lo que respecta a los tribunales internos, además de que el establecimiento del Tribunal obedece también a la decisión del Consejo de Seguridad de que fuera competente para conocer de los crímenes internacionales, decisión refrendada por el gobierno (pars. 81 y sss.). Vid. análisis de Ndifon, C. Osim, "Amnesty and the *Obligatio Erga Omnes* to Repress Humanitarian Law Violations: Lessons from the Sierra Leone Conflict", en *European Scientific Journal*, vol. 8, n. 14, 2012, 12-32; Williams, Sarah, "Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court Sierra Leone", en *Human Rights Law Review*, vol. 5, n. 2, 2005, pp. 271-309; Meisenberg, Simon M., "Legality of amnesties in international humanitarian law The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone", en *RICR/IRRC*, vol. 86, n. 856, 2004, pp. 838-85; Schabas, William A., "Amnesty, the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", en *UC Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 11, n. 1, 2004, pp. 145-169.

⁷¹⁶ Véase el artículo 8 del Estatuto.

⁷¹⁷ El Estatuto del Tribunal ha sido aprobado siguiendo algunas características del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Por ejemplo, el artículo 1 del Estatuto del TESL señala que tendrá competencia *ratione personae* sobre las personas de *mayor responsabilidad*, lo que viene a ser una expresión parecida a la competencia que tiene la Corte sobre *personas respecto de los crímenes más graves*. Asimismo, la jurisdicción concurrente del TESL encuentra su limitación en los delitos menores, de modo parecido a la complementariedad de la Corte Penal en cuanto a los crímenes más graves. Por otro lado, en la redacción sobre la competencia *ratione materiae*, el artículo 2 g) del Estatuto del TESL incluye la violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzoso y cualquier otra forma de violencia sexual, todos como crímenes contra la humanidad, siendo esta una lista similar a la contenida en el artículo 7 g) del Estatuto de Roma. Finalmente, el reclutamiento de niños menores de 15 años es recogido en el artículo 4 c) del Estatuto del TESL dentro de "otras violaciones graves del derecho internacional humanitario", mientras que en el Estatuto de Roma figura como crimen de guerra (artículo 8 (2) (e) (vii)). La diferencia en la utilización del término fue planteada por el Secretario General, ya enunciado. Para un estudio más detallado sobre la comparación véase a Frulli, Micaela, "The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments", *loc. cit supra* en nota 711, pp. 862-866.

⁷¹⁸ *Ídem*, Frulli, Micaela, p. 862.

que en el caso Charles Taylor el Tribunal reconoció con suficientes argumentos y pruebas, sin entrar en más detalles, el apoyo otorgado por el presidente de Liberia a los grupos armados opositores de Sierra Leona, así como haber financiado, capacitado, suministrado armas y dado apoyo logístico y de inteligencia. Suficiente como para que el Tribunal rescatara la jurisprudencia de la CIJ en los casos de *Nicaragua* y la *República Democrática del Congo*, indicando esos actos como una clara evidencia de intervención en los asuntos internos de los Estados⁷¹⁹. En cambio, se quiso tratar el conflicto de manera aislada, sin profundizar sobre el grado de apoyo dado por Liberia a las fuerzas opositoras de Sierra Leona respecto a la caracterización del conflicto, como apuntó el profesor Avril McDonal sucedería⁷²⁰; a ello se añade el conocimiento por parte de Consejo de Seguridad de este hecho cuando así lo dio a conocer en la Resolución S/RES/1343, de 7 de marzo de 2001, información obtenida por la Comisión de Expertos establecida de conformidad con la Resolución S/RES/1306, de 5 de julio de 2000, con la finalidad de notificar las posibles violaciones al embargo de prohibición de importación directa o indirecta de diamantes procedentes de Sierra Leona a los Estados Miembros, establecido en la misma Resolución. Es la postura asumida en el TPIY, el cual pese a haber determinado la caracterización del conflicto en algunas ocasiones, reconoció que el derecho internacional se va abriendo camino a establecer una analogía en la aplicación de la norma referentes a ambas categorías de conflictos armados, interno e internacional.

Por otra parte, en marzo de 2003 el Fiscal había formulado acusaciones y sometido al Tribunal a nueve personas⁷²¹, casi todos con cargos similares, a saber: a) crímenes

⁷¹⁹ CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities... *loc. cit. supra* nota 47, p. 114, par. 242, y caso Concerniente a Actividades Armadas en el Territorio del Congo –*República Democrática del Congo v. Uganda* – Juicio 19 de Diciembre de 2005, pp. 226 y ss., pars. 161-165. Citado por el Tribunal en la nota al pie 52, en *Prosecutor v. Charles Taylor* (SCSL-03-01-T), Trial Chamber II 30 May 2012, pp. 11-12, par. 27.

⁷²⁰ Vid. McDonald, Avril, “Sierra Leone’s Shoestring Special Court”, *loc. cit. supra* en nota 711, p. 141.

⁷²¹ Los acusados fueron: Charles Taylor, condenado a 50 años por la Segunda Sala de Primera Instancia; Foday Sankoh, a quien se le retiraron los cargos tras haber fallecido por causas naturales mientras se encontraba bajo custodia policial el 29 de julio de 2003; Sam Bockarie, asesinado en mayo de 2003 en Liberia, el Fiscal retiró los cargos el 8 de diciembre de 2003; Johnny Paul Koroma, el 7 de marzo de 2003 se levantaron cargos contra él, pero al encontrarse en paradero desconocido desde enero del mismo año, el pleno de los magistrados modificó las Reglas de Procedimiento y Prueba con la finalidad de referirlo a otro tribunal para que fuera juzgado; Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu (caso AFRIC), condenados por la Segunda Sala de Primera Instancia el 19 de julio de 2007, a 50, 45 y 50 años respectivamente (SCSL-4-16-T), penas confirmadas por la Sala de Apelaciones el 22 de febrero de 2008 (SCSL-2004-16-A); Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (caso RUF), encontrados culpables por la Primera Sala de Primera Instancia el 8 de abril de 2009, todos condenados a 52, 40 y 25 años de cárcel respectivamente (SCSL-04-15-T), penas confirmadas por la Sala de Apelaciones el 26 de

contra la humanidad: actos de terrorismo; exterminio; asesinato; violaciones, esclavitud sexual y otra forma de violencia sexual; otros actos inhumanos; esclavitud; matanza ilegal y asesinato; b) violaciones graves del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II: actos de terrorismo, castigos colectivos, atentados contra la vida, la salud física y mental o el bienestar de las personas, especialmente el homicidio; atentados contra la dignidad personal; pillaje; toma de rehenes, y c) otras violaciones graves del derecho internacional humanitario: reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados, o su utilización para participar activamente en hostilidades.

El caso de Charles Taylor⁷²² ha sido de especial interés por el principio de la inmunidad del Estado, del cual deriva la inmunidad de los jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de asuntos exteriores y representantes diplomáticos y consulares en el exterior. El mismo tiene carácter consuetudinario, y se encuentra regulado en el plano internacional por varios instrumentos internacionales, muy especialmente en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril 1963. El asunto sobre la inmunidad de los jefes de Estado ya había sido tratado indirectamente por la CIJ en el caso *Yerodia*. De acuerdo a la CIJ, la orden de arresto emitida por Bélgica contra el congolés Abdoulaye Yerodia Ndimbasi mientras éste desempeñaba el cargo de Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, violaba los principios de

octubre de 2009 (SCSL-04-15-A); y Moinina Fofana y Allieu Kondewa (caso CDF), condenados por la Primera Sala de Primera Instancia a 6 y 8 años de cárcel respectivamente el 9 de octubre de 2007 (caso SCSL-04-14-T), penas aumentadas por la Sala de Apelaciones el 28 de mayo de 2008, 15 años para el primero y 20 años para el segundo (caso SCSL-04-14-A).

⁷²² En fecha 3 de marzo de 2003 el Fiscal del TESL levantó cargos contra el presidente de Liberia Charles Taylor, por cometer crímenes contra la humanidad, violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II, y otras graves violaciones contra el derecho internacional humanitario contra la población civil, siendo confirmados por el Tribunal el día 7 del mismo mes. Entonces, el día 4 de junio, aprovechando que el presidente se encontraba en Ghana de visita oficial, el Tribunal emite orden de detención transmitiéndola a las autoridades de ese país, pero la detención no fue posible. El 23 de julio emite nuevamente orden de detención y traslado, suficiente para que el presidente decidiera dimitir de su cargo el 11 de agosto, mientras aceptaba asilo político en Nigeria. Sin embargo, el 26 de marzo fue capturado intentando llegar a Camerún, de inmediato fue conducido a Liberia, desde donde lo trasladaron a Sierra Leona, y finalmente fue puesto ante el TESL el 29 de marzo de 2006. El 30 de mayo de 2012 la Segunda Sala de Primera Instancia lo encontró culpable de 11 cargos actuando en complicidad con el RUF (FRU) y el AFRC (CRFA), formando una empresa criminal conjunta, por lo que fue condenado a 50 años de cárcel. De acuerdo a dicha decisión, entre diciembre de 1998 y febrero de 1999, es culpable por haber planeado, instigado, ordenado, planificado, etc., y por tanto involucrado con quienes participaron y ejecutaron las violaciones señaladas, concretamente en las ciudades de Kono, Makeni y Freetown, siendo por tanto responsable de sus subordinados, que él sabía iban a cometer los hechos, sin haber tomado las medidas necesarias y razonables para prevenirlos. Ver *Prosecutor v. Charles Taylor* (SCSL-03-01-T), Trial Chamber II, Sentencing Judgement 30 May 2012, pp. 36 y 38, pars. 94, 99 y ss.

inmunidad de los Estados reconocidos internacionalmente, llámese la inmunidad penal y civil mientras el funcionario representante esté ejerciendo su cargo. No obstante, pondera que tal inmunidad no le exime de responsabilidad penal por los delitos cometidos antes de haber sido nombrado en su cargo, o los cometidos después de haber concluido su mandato, así como los perpetrados mientras actuaba en privado, no de manera oficial⁷²³; en todo caso, reconoce que puede ser juzgado ante un tribunal internacional, como los creados por el Consejo de Seguridad en la antigua Yugoslavia y Ruanda, y la CPI. Por otro lado, es universalmente aceptado que esta inmunidad es válida *a fortiori* para los jefes de Estado⁷²⁴.

Antes de que Taylor dimitiera como presidente (11 de agosto de 2003), su defensa se valió del pronunciamiento de la CIJ señalado, declarando ilegal la orden de arresto contra Yerodia, por lo que solicitó el 23 de julio de 2003 al TESL pronunciarse de la misma manera. Expresó que al momento de emitirse la orden de arresto, Taylor todavía era presidente, y que el TESL no fue establecido por el Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VII, y en ese sentido, sus órdenes tienen la calidad de un tribunal doméstico. El TESL ripostó cada una de las conclusiones de la defensa, afirmó que el Tribunal es internacional como los que se citan en el caso *Yerodia*, porque fue establecido como una medida del Consejo de Seguridad, que si bien no se encuentra entre las establecidas en los artículos 39 y 41, sus poderes son suficientemente amplios, y el TESL deviene de la Carta de la ONU en lo que respecta a sus objetivos generales; que la falta de mención del Capítulo VII no cambia su naturaleza jurídica, en el sentido de que el Consejo de Seguridad representa a la comunidad internacional, y por tanto el

⁷²³ CIJ, República Democrática del Congo contra Bélgica -*Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*-, de 14 de febrero de 2002, pars. 58- 61. Véase algunos comentarios al respecto en Koller, David S., “Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As it Pertains to the Security Council And the International Criminal Court”, en *American University International Law Review*, vol. 20, n. 1, 2004, pp. 7-42; Zuppi, Alberto Luis, “Immunity v. Universal Jurisdiction: The Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice”, en *Louisiana Law Review*, vol. 63, n. 2, 2003, pp. 309-339; Cassese, Antonio, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, en *EJIL*, vol. 13, n. 4, 2002, pp. 853-875; Wirth, Steffen, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in the Congo v. Belgium Case”, en *EJIL*, vol. 13, n. 4, 2002, pp. 877-893; Bekker, Pieter H.F., “World Court Orders Belgium to Cancel an Arrest Warrant Issued against the Congolese Foreign Minister”, en *ASIL Insights*, 2002, vid. en: <http://www.asil.org/insigh82.cfm>, fecha de consulta 30 de agosto de 2013, también Foakes, Joanne, “Immunity for International Crimes? Developments in the Law on Prosecuting Heads of State in Foreign Courts”, en *International Law Programme*, vol. 2, 2011, ver en http://www.chathamhouse.org/site/s/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/bp1111_foakes.pdf, fecha de consulta 22 de agosto de 2013.

⁷²⁴ CIJ, República Democrática del Congo contra Bélgica - *Case Concerning the Arrest Warrant...*, *loc. cit. supra* en nota 723, pars. 51-55 y 60.

Tribunal se constituyó por un acuerdo entre la comunidad internacional y Sierra Leona, dándole carácter de internacional, para el cual la inmunidad de un jefe de Estado es inaplicable, como proclama el artículo 6 del Estatuto⁷²⁵.

Al respecto, el análisis realizado por el TESL para resolver sobre su competencia y por otro lado, la validez de la orden de arresto en contra de la inmunidad de Taylor como jefe de Estado es discutible. En primer lugar, no se puede poner en duda el carácter híbrido del mismo porque ha sido establecido por medio de un tratado entre una organización internacional y un Estado, de manera que difícilmente podría ser equiparado a los tribunales *ad hoc*, que fueron consecuencia directa de una medida impuesta por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII, llamando inclusive a los Estados a cooperar con dichos tribunales. En segundo lugar, resulta inadecuado la invocación por el TESL de las mismas competencias y poderes atribuidos a los tribunales *ad hoc* para prescindir de la inmunidad de Taylor⁷²⁶; pues al ser éstos establecidos en virtud del Capítulo VII, todos los Estados Miembros deben adoptar una posición de cooperación con los mismos, y ello incluye inclusive arrestar y poner a disposición judicial a un individuo cualquiera que esté siendo reclamado por un tribunal facultado por el Consejo para enjuiciarlo, pues la obligación asumida deviene del artículo 25 de la Carta, según el cual los Estados Miembros han convenido aceptar y cumplir las decisiones del Consejo; situación difícilmente deducible de la Resolución S/RES/1478, de 6 de mayo de 2003, pues cuando el Consejo solicita a Liberia y a todos los Estados cooperar con el Tribunal, lo hace a modo de exhortación, quedando fuera de las disposiciones adoptadas cuando hace la mención “*actuando en virtud del Capítulo VII*”.

En ese sentido, tampoco se puede llegar a la conclusión de que la inmunidad de Taylor como jefe de Estado haya quedado supeditada a la firma y ratificación de un tratado del cual Liberia no es Parte; cuyo ejemplo más atinado puede ser el del ECPI, según el cual los Estados Partes han aceptado la supresión del principio de la inmunidad de Estado

⁷²⁵ *Prosecutor v. Charles Taylor* (SCSL-2003-01-I), Decision on Immunity from Jurisdiction, Appeals Chamber, 31 May 2004, pp. 18 y ss., pp. 51 y ss., pars. 37 y ss.

⁷²⁶ Deen-Racsmany, Zsuzsanna, “Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, n. 2, 2005, 299-322 (309); Romano, Cesare P. R. y Nollkaemper, André, “The Arrest Warrant against The Liberian President, Charles Taylor”, en *American Society of International Law (ASIL Insights)*, junio de 2003, ver en <http://www.asil.org/insigh110.cfm>, fecha de consulta 30 de agosto de 2013.

para perseguir los crímenes de su competencia, de manera que los Estados no Partes quedan excluidos de las obligaciones del Estatuto, conservando por tanto su inmunidad, salvo si la decisión por la que la inmunidad deja de tener sus efectos proviene de una decisión del Consejo de Seguridad adoptada en virtud del Capítulo VII⁷²⁷. Entonces, por el respeto al principio de la soberanía de los Estados, resulta muy difícil llegar a la conclusión de que el Consejo de Seguridad haya querido despojar de su inmunidad a Taylor o a cualquier otro representante del Estado en el exterior en el ejercicio de la soberanía, cuando la decisión por la que se invoca su exclusión ha sido adoptada al margen de Capítulo VII, única excepción al principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados⁷²⁸.

Creemos que no está del todo claro el pronunciamiento del TESL haya contribuido a sentar un precedente respecto a la supresión de la inviolabilidad del principio de inmunidad de Estado en relación a la comisión de crímenes internacionales, es así porque somos de acuerdo que los argumentos razonados por el TESL en relación a su naturaleza difieren de equipararlo a los tribunales *ad hoc* y a la CPI. Hubiera sido el análisis de los actos realizados por Taylor fuera de sus funciones oficiales como representante de Liberia una vía idónea conducente a despojarle de su inmunidad por los crímenes cometidos⁷²⁹, y hubiera estado en consonancia con la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Yerodia*.

En cualquier caso, los hechos cometidos por Taylor actuando como coautor, es decir, asesinando y mutilando personas civiles inocentes, entre ellas mujeres y niños, así como utilizando mujeres como esclavas sexuales, y contribuyendo a reclutar y alistar niños soldados, con su apoyo y suministro de armas, es una conducta frente a la cual la comunidad internacional debe unirse para reprochar y contribuir de alguna manera a enjuiciar a los responsables. La sentencia puede ser vital también como una manera de ir

⁷²⁷ De acuerdo al artículo 13 de Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta, puede remitir al Fiscal de la Corte una situación en la que parezcan haberse cometido uno o varios crímenes.

⁷²⁸ Akande, Dapo, "International Law Immunities and the International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 98, n. 3, 2004, pp. 407-433 (417).

⁷²⁹ Deen-Racsmány, Zsuzsanna, "Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone...", *loc. cit. supra* en nota 726, p. 321.

reduciendo la inmunidad de Estado cuando de proteger a la población civil se trata, sobre todo durante el desarrollo de un conflicto armado⁷³⁰.

Finalmente, es necesario apuntar que el TESL ha realizado algunas contribuciones al desarrollado del derecho internacional penal, específicamente en lo correspondiente al estatuto de los insurgentes en un conflicto armado. De acuerdo al Tribunal, el hecho de que puedan realizar acuerdos especiales sobre la aplicación de la totalidad o parte de las demás disposiciones de los Convenios, no significa que los Estados en esos acuerdos les hayan otorgado capacidad jurídica internacional, como sí ocurre en caso de reconocimiento de beligerancia, más bien, ello deviene del deber de cumplir las normas correspondientes al artículo 3 común como una obligación internacional consuetudinaria para proteger primordialmente a las víctimas de los conflictos armados, sobre todo de las personas civiles y la población civil⁷³¹.

Por otro lado, está el aporte sobre los niños soldados menores de quince años. Se calcula que hubo alrededor de 5.000 de ellos luchando junto a los adultos mayoritariamente del FRU y otros tantos de las fuerzas armadas del gobierno⁷³², en una clara y flagrante violación al derecho internacional humanitario consuetudinario y el Protocolo Adicional II. Para el Tribunal, el *actus reus* de reclutamiento de niños soldados puede darse de tres formas: reclutamiento de niños por la forma de conscripción⁷³³ – servicio militar obligatorio - y alistamiento⁷³⁴, o que simplemente los utilicen para participar

⁷³⁰ Romano, Cesare P.R y Nollkaemper, André, “The Arrest Warrant against...”, *loc. cit. supra* en nota 726.

⁷³¹ *Prosecutor v. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara* (SCSL-2004-15-AR72 (E)) y SCSL-2004-16-AR72 (E)), *loc. cit. supra* en nota 715, pars. 45-48. La Sala cita a Moir cuando analiza esta situación, según el autor, la aplicación del artículo 3 común no significa que el gobierno le ha otorgado ninguna capacidad jurídica internacional a los insurgentes, ni que esa situación equivaldría al reconocimiento de beligerancia. Vid. Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002, pp. 63-64, citado por la Sala.

⁷³² Physicians for Human Rights, “*War-Related Sexual Violence In Sierra Leone: A Population-Based Assessment*”, vol. 15, n. 1 (A), 2002, pp. 26-27, vid. en https://s3.amazonaws.com/PHR_Reports/sierra-leone-sexual-violence-2002.pdf, fecha de consulta 3 de marzo de 2013.

⁷³³ La Sala de Primera Instancia en el caso *Brima, Kamara y Kanu* (caso CRFA) hace la diferencia del término en el sentido tradicional que se refiere a las políticas gubernamentales para servir en las fuerzas armadas, en cambio, fuera de este formalismo, señala que la conscripción se da por actos de coacción, secuestro y reclutamiento forzoso no por el Estado sino por un grupo armado opositor en un conflicto armado. Vid. *Prosecutor v. Kamara and Kanu* (SCSL-04-16-T) (case AFRC), Trial Chamber, Judgement 20 June 2007, pp. 226-227, par. 734.

⁷³⁴ Respecto al alistamiento, la Sala rescata la definición dada por la Sala de Primera Instancia en el caso *Prosecutor v. Kamara and Kanu* (SCSL-04-16-T) (case AFRC), Trial Chamber, 20 June 2007, p. 227, par. 735. En el sentido de que alistar “*implica matricular y aceptar a los individuos cuando se ofrecen como voluntarios para unirse a una fuerza armada o grupo; es un acto voluntario, y por tanto el*

activamente en las hostilidades⁷³⁵. Prosigue, que el modo de cometer el crimen es distinto, pero la ausencia de una de las tres formas no excluye la comisión del crimen⁷³⁶. Por tanto, para la Sala ambas formas de cometer el crimen puede ser tratado como uno solo. El análisis de la Sala va en consonancia con el artículo 4 c) de Protocolo Adicional II a pesar de que solo señala dos formas, el reclutamiento y el uso, no obstante la prohibición de ambos.

Por otra parte, está el crimen de violación, esclavitud sexual y el nuevo crimen contra la humanidad de matrimonio forzado, que en ausencia de mención explícita en el Estatuto, el Fiscal lo puso en evidencia. Pues se calcula que hubo entre 215.000 y 257.000 mujeres y niñas aproximadamente víctimas de estas atrocidades, de esa cifra, 50.000 a 64.000 fueron violadas, todo desde el inicio del conflicto armado en 1991⁷³⁷, quedando desamparadas porque los grupos armados no solamente desprotegieron a las personas civiles y la población civil, sino que las sometieron como consecuencia de una campaña

consentimiento del niño no es una defensa válida”, sin embargo para la Sala de Apelaciones, debe haber un nexo entre el acto del acusado y el niño al incorporarse a la fuerza armada o grupo armado, como el conocimiento por el acusado de que el niño está por debajo de la edad de 15 años y puede ser entrenado para el combate, haciendo necesario estudiar cada caso en particular. Dice que prohibición de reclutamiento impide aceptar el alistamiento voluntario, ser contratado y darle participación en las hostilidades, cual puede ser recopilar información, transmitir órdenes, transportar municiones y productos alimenticios y realizar sabotajes; destaca la Sala que el alistamiento en este caso tampoco puede definirse como un proceso formal porque se trata de fuerzas armadas rebeldes, permitiéndole participar en la milicia para realizar cualquier tipo de operación militar. Vid. *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* (SCSL-04-14-A) (case CDF), Appeals Chamber, Judgement 28 May 2008, pp. 50-51, pars. 140-144.

⁷³⁵ El criterio seguido por la Sala de Primera Instancia es que la participación activa en las hostilidades se demuestra por medio de la participación activa en el combate o actividades relacionadas. Vid. *Prosecutor v. Kamara and Kanu* (SCSL-04-16-T) (case AFRC), *loc. cit. supra* en nota 733, pp. 59-60, par. 136-137; *Prosecutor v. Sesay et al.* (SCSL-04-15-T) (case RUF), Trial Chamber I, 2 March 2009 (8 April 2009), pp. 60-61 y 511-512, pars. 188 y 1720; *Prosecutor v. Fofana and Kondewa* (SCSL-04-14-TI) (case CDF), Trial Chamber I, 2 August 2007, p. 58, par. 193. El Proyecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional había reseñado que participación del niño en las actividades de combate incluye: exploración, espionaje, sabotaje y el uso del niño como señuelo, mensajero y controles militares. Se excluye las actividades relacionadas como la entrega de alimentos, sin embargo, incluye también la utilización del niño para apoyo directo, cual podría ser actuar como portadores para hacer llegar suministro a la línea del frente y otras relacionadas. Vid. Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998 (United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court: Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum, opción 2, nota 12, p. 21).

⁷³⁶ *Prosecutor v. Moinina Fofana y Allieu Kondewa* (SCSL-04-14-A) (case CDF), *loc. cit. supra* en nota 734, pp. 49-50, par. 139.

⁷³⁷ Physicians for Human Rights, “*War-Related Sexual Violence In Sierra Leone...*”, *loc. cit. supra* en nota 732. Para algunos estudios sobre violencia de género en sentido general en Sierra Leona véase Oosterveld, Valerie, Lessons from the Special Court for Sierra Leone on the Prosecution of Gender-Based Crimes, en *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 17, n. 2, 2009, pp. 407-428; Staggs Kelsall, Michelle and Stepakoff, Shanee, “‘When We Wanted to Talk About Rape’: Silencing Sexual Violence at the Special Court for Sierra Leone”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n. 3, 2007, pp. 355-374; Denov, Myriam S. “Wartime sexual violence: Assessing a human security response to war-affected girls in Sierra Leone”, en *Security Dialogue*, vol. 37, n. 3, 2006, pp. 319-342.

deliberada y sistemática, en violación flagrante del derecho internacional humanitario y su aplicación en los conflictos armados internos. A los fines pertinentes, haremos mención del caso específico del juicio llevado a cabo contra *Sesay, Kallon y Gbao* (caso RUF), en la Sala de Primera Instancia I el 2 de marzo de 2009.

Respecto al primero, la violación, indicó que esta campaña sistemática y generalizada contra las mujeres, como derecho adquirido por los soldados rebeldes cuando capturaban personas civiles, sembró el pánico y la sensación de inseguridad entre la población civil. Encontró que ese crimen cometido de forma deliberada y concertada constituyó una extensión del campo de batalla, reflejando un acto degradante, que infligió sufrimiento físico, mental y sexual en los cuerpos de las mujeres víctimas, y para su comunidad; significando este hecho realizado de manera generalizada y sistemática un acto de terrorismo⁷³⁸.

La Sala define los elementos constitutivos de la violación mediante varios elementos: el primero, *actus reus* (elemento objetivo) define el tipo de invasión que es requerido para constituir el crimen de violación, que se compone de dos tipos e incluye la penetración de cualquier parte del cuerpo de la víctima por el acusado con un órgano sexual, que puede ser a su vez genital, anal y oral, y la penetración o abertura genital o anal de la víctima con un objeto o parte del cuerpo; el segundo se refiere a las circunstancias que desde el primer momento pueden hacer del acto un crimen, cabría decir el hecho de que la persona violada no podría haber dado su voluntad o consentimiento, pudiendo ejercitarse por medio del uso de fuerza o la amenaza; el tercer elemento lo constituye la circunstancia en la cual ni siquiera por medio de la amenaza o el uso de la fuerza la víctima hubiera dado su consentimiento, porque era demasiado joven, estaba bajo influencia de alguna sustancia, padecía una enfermedad o discapacidad⁷³⁹.

En cuanto al segundo crimen, la esclavitud sexual, la Sala definió sus elementos constitutivos de la siguiente manera: el acusado ha ejercitado algunos de los elementos que atañen al derecho de propiedad sobre una o más personas, los cuales pueden ser comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas como intercambio a una o varias personas, o

⁷³⁸ *Prosecutor v. Sesay et al.* (SCSL-04-15-T) (case RUF), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 735, p. 479, par. 1602.

⁷³⁹ *Ibidem*, pp. 49-50, pars. 146-148.

simplemente imponerles algún tipo de privación de libertad; el acusado obligó a la persona o personas a realizar uno o más actos de naturaleza sexual; el acusado tenía la intención de cometer el crimen, o actuó con el conocimiento razonable de que ello se produciría. En concreto, considera que son dos los elementos: ejercitar el derecho de propiedad sobre una o más personas, y realizar los actos sexuales⁷⁴⁰.

Por otro lado, la Sala considera también el suministro de alguna sustancia a la víctima para forzarla como esposa y ejercer un mayor control sobre ella⁷⁴¹; resaltó, además, la situación en la cual, la falta de libertad no constituía el principal problema, sino más bien el lugar a dónde ir, y temer por sus vidas⁷⁴²; del mismo modo señala las situaciones en las cuales a pesar de que las víctimas nunca dieron su consentimiento, se encontraron en situaciones dominadas por la violencia, hostilidad, coacción, y sometimiento para las mujeres y niñas, y posteriormente convertidas en esclavas sexuales o esposas⁷⁴³.

En cuanto al matrimonio forzoso⁷⁴⁴, el cual había sido una acusación formulada por el Fiscal ubicándolo dentro de los crímenes contra la humanidad, concretamente del tipo penal “otros actos inhumanos”. Los elementos esbozados por la Sala para cualquier acto inhumano consisten en: a) la existencia de un acto u omisión que causa grandes sufrimientos o serias lesiones al cuerpo, la salud física o mental; b) el acto u omisión es suficientemente similar en gravedad a los otros actos enunciados entre los artículos 2 a) a 2 h) del Estatuto (exterminación, esclavitud, deportación, prisión, tortura, violación o cualquier otra forma como esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de explotación y violencia sexual); c) el acusado era consciente de las circunstancias que determinaban la gravedad del acto, d) tenía la intención de cometer el acto inhumano, o había actuado a sabiendas de que podría ocurrir⁷⁴⁵. Igualmente, encontró que hubo falta de consentimiento en los actos de violencia ejercido contras las víctimas durante el contexto del conflicto armado. Los rebeldes

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 52, pars. 158-159.

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 438, par. 1463.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 53, par. 161.

⁷⁴³ *Ibidem*, pp. 438-439, pars. 1466, 1470-1471.

⁷⁴⁴ Durante el conflicto, las mujeres y niñas secuestradas eran asignadas a los rebeldes una por cada combatiente, aunque existieron casos de llegar a tener varias al mismo tiempo haciendo uso de la poligamia; también se las intercambiaba por otras cuando sentían que ya no les satisfacían. Fueron obligadas a realizar tareas del hogar como cocinar, limpiar, transportar niños, llevar municiones y objetos pesados. *Ibidem*, *Prosecutor v. Sesay et al...*, pp. 354, 367-368, 390-391, pars. 1154-1155, 1211, 1293, 1297.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 55, par. 168.

tomaron a las víctimas como sus esposas para privarles de su libertad, haciendo un uso peyorativo del término “esposa” de forma deliberada y estratégica con la finalidad de manipularlas psicológicamente, para tenerlas como esclavas, y usarla como de su propiedad⁷⁴⁶. No obstante, en el caso en cuestión, la Sala no produjo condena alguna porque consideró que el crimen de matrimonio forzoso había sido subsumido por el crimen de esclavitud sexual, según se desprende de las pruebas aportadas, pues todas ellas llevaban a esa conclusión⁷⁴⁷, y por otro lado, consideró que los delitos de aspectos no sexuales, dígame del trabajo forzoso, secuestro, abuso físico, restricción de la libertad de movimiento, educar hijos, etc., tampoco conducen a la prueba de actos inhumanos, puesto que estos últimos deben ser cometidos con la intención de causar graves daños a la salud física y mental⁷⁴⁸.

Sin embargo, fue la Sala de Apelaciones la que catapultó el delito de matrimonio forzoso como un nuevo crimen en el mismo caso *Brima, Kamara y Kanu* (caso AFRC), siendo la primera vez que un tribunal internacionalizado lo pondera a nivel internacional. Primero la Sala hizo su aporte por medio de una definición: es aquél en el que el perpetrador hace uso de la fuerza o la amenaza por medio de las palabras para obligar a la víctima a una relación conyugal forzada, ocasionándole graves daños físicos o mentales; segundo, lo destaca haciendo la diferencia con el crimen de la esclavitud sexual, enfatiza que el matrimonio forzoso ocurre por la relación exclusiva entre el marido y la esposa, con consecuencias disciplinarias si la víctima se niega a cumplir con la cláusula de exclusividad⁷⁴⁹. En ese sentido, la Sala de Apelaciones entiende que la Sala de Primera Instancia erró al evitar hacer la diferencia⁷⁵⁰, observación que fue tomada en cuenta por la Sala de Primera Instancia al condenar a las primeras personas por matrimonio forzoso en la modalidad de “otros actos inhumanos” como crimen contra la humanidad el 8 de abril de 2009⁷⁵¹.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 438, par. 1466.

⁷⁴⁷ *Prosecutor v. Alex T. Brima et al.* (SCSL. 2004-16-T) (case AFRC), Trial Chamber II, Judgement 20 June 2007, p. 219, par. 710.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, pp. 214-217, pars. 697-698, 703.

⁷⁴⁹ *Prosecutor v. Alex T. Brima et al.* (SCSL. 2004-16-A) (case AFRC), Appeals Chamber, Judgement 22 February 2008, p. 64, par. 195.

⁷⁵⁰ *Idem*.

⁷⁵¹ *Prosecutor v. Sesay et al.* (SCSL-04-15-T) (case RUF), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 735, condena dada el 8 de abril de 2009. Para un estudio sobre la jurisprudencia véase especialmente a Oosterveld, Valerie, “The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 44, n. 1, 2011, pp. 49-74; Toy-Cronin, Bridgette A., “What is forced marriage? Towards a definition of forced marriage as a

El TESL prácticamente ha concluido su labor. Han sido pocos los acusados y condenados, pero importantes en cuanto a que la cúpula de los grupos armados hoy están cumpliendo condenas, como una manera de contribuir a mitigar el sufrimiento de un país asolado por la brutalidad del ser humano, de los que habían ostentado el poder en sus respectivos grupos armados.

El establecimiento del Tribunal ha servido también para evitar que los principales culpables de las atrocidades cometidas contra las personas civiles y la población civil no queden impunes, frente a una comunidad internacional que todavía hoy sufre las consecuencias del conflicto. En ese sentido, se han producido importantes aportes en relación a la violencia de género y el uso de niños menores de 15 años como soldados, los cuales seguirán sirviendo de análisis para los académicos y estudiosos del derecho internacional penal y el derecho internacional humanitario en los conflictos armados, especialmente en los internos, así como precedentes para ser tomados en cuenta por la CPI.

Sección Tercera. La Corte Penal Internacional (CPI) y su práctica reciente

I. Establecimiento de una Corte Penal Internacional por la comunidad internacional. Competencias, complementariedad y vinculación de la Corte con el Consejo de Seguridad

Desde 1945, fecha en que se creó la ONU, hasta la actualidad, ha habido unos 250 conflictos armados internos, con una estimación aproximada de 86 millones de muertes, la mayoría de ellas de personas civiles, y a otros tantos se les ha despojado de sus derechos inalienables, propiedades y pertenencias⁷⁵². Es el saldo que han dejado muchos gobiernos dictatoriales y actores no estatales, que han violado reiteradamente las normas internacionales que rigen las guerras internas, sin que haya habido fórmulas eficaces

crime against humanity”, en *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 19, n. 2, 2010, 1-45; Gong-Gershowitz, Jennifer, “Forced Marriage: A “New” Crime against Humanity?”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 8, n. 1, 2009, pp. 53-76; Jain, Neha, “Forced Marriage as a Crime against Humanity Problems of Definition and Prosecution”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 5, 2008, pp. 1013-1032.

⁷⁵² Gurulé, Jimmy, “United States Opposition to the 1998 Rome Statute Establishing an International Criminal Court: Is the Court’s Jurisdiction Truly Complementary to National Criminal Jurisdictions?”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 35, n. 1, 2001-2002, pp. 1-45 (2).

para sancionar a los infractores⁷⁵³. En cierto sentido, ello había significado el fracaso de la comunidad internacional⁷⁵⁴ en la ONU, concebida como la Organización Internacional cuyos propósitos iban a ser capaces de prohibir las guerras, mantener la paz y seguridad internacionales, fomentar el arreglo pacífico de controversias y estimular el respeto de los derechos humanos, entre otros.

Los Estados vencedores de la Primera Guerra Mundial entendieron la facilidad con que los criminales de guerra se escudaban de la justicia, porque como apunta Bassiouni, los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio son crímenes de Estado, porque se necesita de la participación de los órganos del Estado, el ejército, la policía y los grupos paramilitares para cometerlos⁷⁵⁵. Por ello se establecieron los tribunales de Nüremberg (1945) y Tokio (1946), para sancionar a los autores de la hecatombe.

Con los Estatutos de estos tribunales comenzó entonces el desarrollo y codificación del derecho internacional penal, que tipificaron los crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y agresión. Ellos evidenciaron por un lado, la falta de contar con un conjunto de normas internacionales que regularan de manera detallada y precisa ciertas conductas durante una confrontación bélica, para proteger sobre todo a las personas civiles y la población civil ajenos al conflicto, y por otro lado, la ausencia de mecanismos eficaces de persecución del crimen.

⁷⁵³ Se calcula aproximadamente 170 millones de muertes durante todo el siglo XX, de los cuales 33 millones han sido militares. Vid. Bassiouni, M. Cherif., "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities", en *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 8, n. 1, 1998, pp. 199-275 (203-204); para conocer el número de muertes en sentido general por regiones, en las guerras civiles desde 1945 a 2002, véase a Lacina, Bethany, "Explaining the Severity of Civil Wars", en *Journal of Conflict Resolution*, vol. 50, n. 2, 2006, pp. 276-289. ver también relación de número aproximado de personas civiles que han muerto durante los conflictos armados internos y guerras civiles que han tenido lugar entre 1945 y 2002 en Leitenberg, Milton, "Deaths in Wars and Conflicts in 20th Century", en Cornell University, Peace Studies Program, Occasional Paper n. 29, 2006, pp. 1-83 (73-74); para otro estudio por países donde hubo conflicto armado véase Balint, Jennifer L., "Conflict, Conflict Victimization, and Legal Redress, 1945-1996", en *Law And Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 231-247; para otros datos estimados en los conflictos recientes, zona africana, véase Seybolt, Taylor B., "Major armed conflicts", en *SIPRI Yearbook*, 2001, pp. 21-62.

⁷⁵⁴ Sadat, Leila Nadya and Carden, S. Richard, "The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution", en *Georgetown Law Journal*, vol. 88, n. 3, 2000, pp. 381-474 (384).

⁷⁵⁵ Bassiouni, M. Cherif., "The Normative Framework of International Humanitarian Law...", *loc. cit. supra* en nota 753, p. 203.

Fue en ese sentido que se adoptaron la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948⁷⁵⁶, los Convenios de Ginebra de 1949, así como los posteriores Protocolos I y II adicionales a los Convenios señalados de 1977. Todos ellos habrían creado un clima de seguridad y confianza tendiente a regular los conflictos armados, pero también para perseguir y sancionar a los individuos responsables de violar sus normas, sobre todo las más graves, los crímenes de guerra, crímenes contra humanidad y genocidio. Pero la comunidad internacional olvidó o al menos tardó en solucionar la creación de mecanismos eficaces de persecución del crimen que no fueran los tribunales internos, debido fundamentalmente al apego de los Estados a su soberanía, escenificando el poder discrecional que el mismo derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos les había otorgado para juzgar a sus infractores.

Así, durante los siglos XIX y XX innumerables conflictos armados habían puesto en evidencia la fragilidad de los mecanismos internos de persecución, muchas guerras se habían librado sin que la situación de posconflicto produjera tan siquiera una mínima condena a quienes habían desconocido las normas de derecho internacional humanitario vinculantes durante el desarrollo del conflicto.

La institución de los Tribunales de Nüremberg y Tokio suscitó el interés de impulsar la creación de una corte penal internacional permanente. La propuesta vino de la Asamblea General de la ONU, mostrando la conveniencia de que las personas responsables de genocidio y otros delitos fuesen encausadas por un órgano judicial internacional. En tal sentido recomendó a la CDI estudiar la viabilidad de crear una Sala de lo Penal dentro de la Corte Internacional de Justicia⁷⁵⁷. La propuesta continuó junto a la elaboración de un Estatuto a los mismos fines, pero desvinculada ya de la CIJ⁷⁵⁸.

Mientras la idea de una corte penal internacional se estudiaba, la Asamblea General, por medio de la Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, también propuso que se formularan los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Londres y las sentencias del Tribunal de Nüremberg, al tiempo que encargaba a la CDI

⁷⁵⁶ Respecto a la Convención, el artículo VI previó la posibilidad de que el delito en cuestión fuese perseguido por una corte penal internacional, significando que ya esa idea de establecer un tribunal permanente estaba en su fase imaginativa.

⁷⁵⁷ Resolución de la Asamblea General de la ONU 260 (III) B, de 9 de diciembre de 1948.

⁷⁵⁸ Resolución de la Asamblea General de la ONU 489 (V), de 12 de diciembre de 1950.

preparar un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que precisara los elementos constitutivos de esos crímenes⁷⁵⁹, algo muy importante previo al establecimiento de la Corte, porque debía contener la lista de los crímenes perseguidos junto a los elementos constitutivos.

El primer Proyecto de la Corte se terminó en 1953, pero la Asamblea decidió aplazar la labor hasta que el Proyecto de Crímenes continuara avanzando y se definiera también el crimen de agresión⁷⁶⁰. Al mismo, el clima de la Guerra Fría obstaculizaba todo tipo de iniciativas, sobre todo porque la propuesta acerca del establecimiento de la Corte incluía también procesar a los jefes de Estado. Sin embargo, durante la época de los ochenta las tensiones entre Estados Unidos y la Unión Soviética se relajaron, permitiendo que los trabajos siguieran su curso. En ese sentido, la Asamblea General designa al señor Doudou Thiam de Senegal como relator especial del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad lográndose importantes avances, quedando el otro Proyecto de la Corte en suspenso hasta que en 1986 se aprobó el segundo informe y en 1989 la Asamblea decidió proseguir con el proceso⁷⁶¹.

El 25 de noviembre la Asamblea General adopta la Resolución 47/33, declarando de máxima prioridad continuar y terminar cuanto antes el Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, ello ante la inminencia de dar por finalizado el Proyecto de Código de Crímenes. En la recomendación se solicitaba a la CDI crear una Corte con competencias para juzgar a las personas por comisión de violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general.

El Proyecto de la CDI sobre la futura Corte fue aprobado en 1994, presentándolo en lo inmediato a la Asamblea General para su conocimiento en el 46 período de sesiones⁷⁶². Visto el Proyecto, la Asamblea aprueba la Resolución 49/53 de 9 de diciembre de 1994,

⁷⁵⁹ Recomendación de la Asamblea General de la ONU a la CDI por medio de la Resolución 177 (II).

⁷⁶⁰ La definición del crimen de agresión se adoptó en la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, definida genéricamente en su artículo 1 como el uso de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial e independencia política de los Estados, o de cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

⁷⁶¹ Resolución de la Asamblea General 44/39, de 4 de diciembre de 1989, mandato reiterado en la Resolución 47/33, de 25 de noviembre de 1992.

⁷⁶² Vid. Doc. A/49/10, A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2), Suplemento 10, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo sexto período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994), vol. II, parte II.

por la que establece un Comité Especial *ad hoc* formado por los representantes de los Estados para analizar el Proyecto, las cuestiones administrativas de la futura Corte, así como los preparativos para realizar una conferencia internacional de plenipotenciarios para discutir el Estatuto y finalmente aprobarlo. Al año siguiente, la Asamblea General, mediante la Resolución 50/46, de 11 de diciembre de 1995, transformó el Comité *ad hoc* en un Comité Preparatorio de la Conferencia Diplomática⁷⁶³. Por otro lado, el Proyecto de Crímenes fue adoptado en 1996⁷⁶⁴, allanando el camino para concluir el Estatuto de la Corte. En ese sentido, una vez terminados ambos Proyectos, la Asamblea General aprobó la Resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996, poniendo fecha para celebrar la Conferencia de Plenipotenciarios, eligiéndose a la ciudad de Roma (Italia) como anfitriona de la Cumbre a celebrarse en 1998, entre el 15 de junio y el 17 de julio, a raíz de una solicitud previa hecha por el gobierno italiano a esos fines, como anuncia la Resolución 52/160, de 5 de diciembre de 1997⁷⁶⁵.

El 17 de julio de 1998, en Roma, se aprueba el ECPI, por 120 Estados a favor, 7 en contra y 20 abstenciones⁷⁶⁶. Entró en vigor el 1 de julio de 2002 al conseguirse las sesenta ratificaciones necesarias para comenzar a operar (artículo 126). Sin embargo, la Corte aún no cuenta con la ratificación de algunos Estados importantes como Estados

⁷⁶³ En varias reuniones entre el 16 de marzo y 3 de abril de 1998, el Comité Preparatorio de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, aprobó cuatro Proyectos: el Proyecto de Estatuto para la Constitución de una Corte Penal Internacional, el Proyecto de Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Corte, el Proyecto de Reglamento Provisional de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional y, el Proyecto de Organización de los Trabajos de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional. Ver, Informe del Comité Preparatorio de las Naciones Unidas para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, en Doc. ONU A/CONF.183/2. Add.1, 14 de abril de 1998.

⁷⁶⁴ Vid. Doc. A/46/10, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones (29 de abril-19 de julio de 1991), vol. II, parte II.

⁷⁶⁵ Para un estudio previo sobre el Estatuto y el Proyecto de la Corte antes de su establecimiento, véase Bassiouni, M. Cherif., "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, vol. 32, n. 3, 1999, pp. 443-469; Washburn, John, "The Negotiation of the Rome Statute for the ICC and International Lawmaking in the 21st Century", en *Pace International Law Review*, vol. 11, n. 2, 1999, pp. 361-367; Arsanjani, Mahnoush H., "The Statute of International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 22-43; Kirsch, Philippe and Holmes, John T., "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiation Process", en: *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 2-12; Crawford, James, "The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal", en *AJIL*, vol. 88, n. 1, 1994, pp. 140-153 (140 y ss.); Crawford, James, "The ILC's Adopts a Statute for an International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 89, n. 2, 1995, pp. 404-416 (404 y ss.)

⁷⁶⁶ Ellis, Mark S., "The international criminal court and its Implication for domestic law and national Capacity building", en *Florida Journal of International Law*, vol. 15, n. 2, 2002, pp. 215-242 (215-216).

Unidos, Rusia, China e Israel⁷⁶⁷. Estados Unidos porque, tras la caída de la Unión Soviética, encabeza el liderato de países occidentales que promueven el uso de la fuerza cuando existe amenaza a la paz y la seguridad internacionales, a veces casos discutibles como en Irak (2003 – sin el aval de la ONU-), Libia (2011 – con el respaldo del Consejo de Seguridad-) y Siria (2013-?). Así, cada vez que uno de estos Estados se ven involucrados en el uso de la fuerza contra otro Estado o contra grupos armados organizados existe el riesgo de que se cometa crímenes de guerra contra las personas civiles y la población civil, de ahí su animadversión hacia la Corte.

En cualquier caso, su adopción se convirtió en el mayor logro de la humanidad a final del siglo XX, en el nuevo paradigma de persecución internacional penal⁷⁶⁸, además de constituir el significado o consumación de un objetivo que comenzó hace más de un siglo⁷⁶⁹, porque su jurisdicción es permanente, diferenciándose de los tribunales *ad hoc* y mixtos de carácter transitorio, y porque como apunta Bassiouni, les recuerda a quienes pretendan cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario y los derechos humanos que esos delitos no se toleran⁷⁷⁰.

II. Jurisdicción de la CPI. Competencias

El ECPI se adoptó siguiendo la línea marcada por los tribunales *ad hoc* predecesores, es decir, competencia *ratione materiae* para conocer de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, llámese genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, agregando un cuarto, el de agresión, pero sin establecer su competencia todavía, por carecer de una definición internacional consensuada y las condiciones en la que se haría (artículo 5). En ese

⁷⁶⁷ Véase la información publicada en la web de Coalition for the International Criminal Court: <http://www.iccnw.org/?mod=romeratification&lang=es>, actualizado hasta abril de 2012, fecha de consulta 30 de abril de 2013.

⁷⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *Razones Jurídicas del Pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, editorial Trotta, 2004, pp. 81-82.

⁷⁶⁹ De acuerdo a Bassiouni, la primera Convención de La Haya sobre el Arreglo Pacífico de Controversias constituyó el primer intento, seguido del Tratado de Versalles de 1919, cuyo destacado artículo 227 proclamaba la creación de un tribunal internacional penal para juzgar al Kaiser Guillermo Segundo de Alemania. Vid. Bassiouni, M. Cherif. y Blaskesley, Christopher L., “The Need for an International Criminal Court in the New International World Order”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 25, n. 2, 1992, pp. 151-182 (152), también Bassiouni, M. Cherif. “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years...”, *loc. cit. supra* en nota 681, p. 1.

⁷⁷⁰ Bassiouni, M. Cherif., “Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment...”, *loc. cit. supra* en nota 765, p. 468.

sentido, se hizo constar que la disposición a aprobar deberá ser compatible con la Carta de la ONU, significando ello el rol que desempeñaría el Consejo de Seguridad al respecto⁷⁷¹.

El tema del crimen de agresión ha sido muy conflictivo desde que el recurso a la fuerza armada fue prohibido por la Carta de la ONU en la medida que no fuese compatible con ella. En 1954, la Asamblea General de la ONU había subrayado que el crimen de agresión estaba estrechamente unido a la creación de una jurisdicción penal internacional mientras trataba de definirlo dentro del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Como todavía no se había definido el crimen de agresión entonces decidió aplazar la continuación de los proyectos de la jurisdicción penal y del Código de Crímenes⁷⁷². Sin embargo, como ya se apuntó, la definición del crimen de agresión se aprobó en la Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974, y el tema referente a la creación de una jurisdicción penal internacional quedó interrumpido por las convulsiones de la Guerra Fría. En cambio, al caer el bloque soviético en 1991 y dar paso a un nuevo orden mundial con Estados Unidos como principal protagonista, el tema de la agresión continuó siendo un tema pendiente de resolver.

Es así porque el Consejo de Seguridad, el responsable de determinar todo acto de agresión, podría incumplir con esa facultad por la decisión de uno sus Miembros permanentes haciendo ejercicio de su derecho de veto, sobre todo cuando existan cuestiones que atañen a sus intereses⁷⁷³. Esto tomando en cuenta para el caso de que el ejercicio de la competencia sobre el crimen de agresión provenga de una decisión del Consejo de Seguridad al respecto, porque de lo contrario podría ocurrir una

⁷⁷¹ Remiro Brotóns, Antonio, “Crimen de Agresión, Crimen sin Castigo”, en *Política Exterior*, n. 108, noviembre-diciembre, 2005, pp. 135-157; Stein, Mark S., “The Security Council, the International Criminal Court and the Crime of Aggression: How Exclusive Is the Security Council’s Power to Determine Aggression?”, en *Indiana International Comparative Law Review*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 1-36; Boevig, James Nicholas, “Aggression, International Law, and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, n. 2, 2005, pp. 557-611.

⁷⁷² Resolución de la Asamblea General de la ONU 897 (IX), de 4 de diciembre de 1954, y 898 (IX), 14 de diciembre de 1954.

⁷⁷³ Stein, Mark S., “The Security Council, the International Criminal Court...”, *loc. cit. supra* en nota 771, p. 6.

fragmentación de los poderes del Consejo como apunta el profesor Cassese si el Fiscal por *motu proprio* decide investigar un hecho concreto de agresión⁷⁷⁴.

Finalmente, la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma en sesión llevada a cabo en Kampala el 11 de junio de 2010 aprobó la definición del crimen de agresión más los elementos constitutivos. En ella se contempló que el Fiscal sólo podría iniciar la investigación de un caso si el Consejo de Seguridad ya lo ha determinado como acto de agresión. La competencia de la Corte respecto al crimen está prevista para después de que treinta Estados hayan ratificado la enmienda, y se hará una revisión el 1 de febrero de 2017⁷⁷⁵.

Por otro lado, se excluyeron importantes crímenes de trascendencia internacional también, como el terrorismo y en menor grado el tráfico de estupefacientes y sustancias controladas, preservándose los más graves y menos controvertidos; por esta razón afirma el profesor Remiro que no están todos los que son ni son todos los que están⁷⁷⁶. Por consiguiente, la competencia *ratione materiae* descansa en el consenso dado por los Estados, pero muy por debajo de las expectativas, reflejando todavía un cierto apego a la soberanía⁷⁷⁷.

Por otra parte, y respecto a la inmunidad de Estado, la Corte evita hacer referencia a la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae*. Sin embargo, el artículo 27 del Estatuto de Roma deja claro que la inmunidad *ratione personae* no opera para limitar su competencia. Señala que el “Estatuto se aplicará por igual sin distinción basada en cargo oficial. En particular el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”.

⁷⁷⁴ Cassese, Antonio (Caesius, A.), “The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections”, en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 144-171 (147).

⁷⁷⁵ Resolución de la Asamblea de Estados Partes: RC/Res.6, de 11 de junio de 2010.

⁷⁷⁶ Remiro Brotons, Antonio, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, en: Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario, en Consuelo Ramón Chornet (edit.), Cruz Roja Española (Oficina Provincial de Valencia) y Cinc Segles, Universitat de València, Valencia, 2001, pp. 105-124 (106).

⁷⁷⁷ Pigrau Solé, Antonio, “El nacimiento de la Corte Penal Internacional”, en Fundació Carles Pi i Sunyer, editado por Fundació Carles Pi i Sunyer Estudis, Barcelona, noviembre de 2002, pp. 5-33 (19) y ss., véase en http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/corte_penal_internacional.pdf, fecha de consulta 07 de septiembre de 2013.

Del artículo se deduce en un primer momento, que la Corte ejercerá su competencia *ratione materiae* respecto a los crímenes de su Estatuto cometidos por las personas citadas como una excepción al principio internacional consuetudinario de la inmunidad de Estado. Es la tendencia actual desde la Segunda Posguerra, deducida de la actuación de los Tribunales de Nüremberg, Tokio, antigua Yugoslavia y Ruanda.

Por tanto, las Partes en el Estatuto de Roma han renunciado a la inmunidad *ratione personae* de sus ciudadanos representantes del Estado en el extranjero, siendo entonces éstos susceptibles de ser enjuiciados por la Corte sin importar su cargo. Sin embargo, el artículo 98 supone un obstáculo para que se active la competencia de la Corte en estos supuestos, debido fundamentalmente al carácter consuetudinario de la norma recogida en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril 1963. Dicho artículo señala que los Estados tienen derecho de abstenerse a cooperar con la Corte respecto a la entrega de un individuo que ostente inmunidad de Estado o inmunidad diplomática con arreglo al derecho internacional. Por tanto, el Estado Parte deberá respetar el principio de inmunidad para los Estados no Partes⁷⁷⁸.

Así lo señaló la destacada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Yerodia*, según la cual no puede deducirse de la práctica reciente, sobre todo del caso Pinochet, que exista en derecho internacional consuetudinario una excepción a la regla de inmunidad de jurisdicción penal de los ministros de relaciones exteriores, sea por crímenes de guerra o de lesa humanidad⁷⁷⁹. Por tanto, la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* del Estado todavía tiene primacía inclusive sobre normas internacionales de *ius cogens*.

⁷⁷⁸ Para un análisis sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional véase, Akande, Dapo, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *loc. cit. supra* en nota 728, pp. 407-433; Wirth, Steffen, “Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute”, *loc. cit. supra* en nota 723, p. pp. 429-458; Reyes Milk, Michelle E., “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, en *Agenda Internacional*, año XV, n. 26, 2008, pp. 69-106.

⁷⁷⁹ CIJ, República Democrática del Congo contra Bélgica - *Case Concerning the Arrest Warrant...*, *loc. cit. supra* en nota 723, p. 25, par. 58.

III. Principio de complementariedad en el ejercicio de la jurisdicción de la CPI

La fórmula establecida en el Estatuto de Roma para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de su competencia es por medio del principio de complementariedad, como reza en su preámbulo. La misma se mantuvo en el Proyecto final de la CDI de 1994, donde los Estados optaron por la primacía de la jurisdicción local, con la intención de mantener esa facultad soberana⁷⁸⁰. En este entorno, la Corte actúa como complemento de los esfuerzos nacionales para investigar y enjuiciar a los acusados de cometer crímenes internacionales⁷⁸¹. De manera que, si se comprueba que un Estado rehúsa llevar a cabo una investigación o no está dispuesto a hacerlo respecto a uno de los crímenes de la competencia de la Corte, podrá ésta actuar en consecuencia, según establece el artículo 17 de su Estatuto⁷⁸². La disposición fue el resultado de la preocupación existente entre las delegaciones reunidas en Roma para evitar juicios simulados⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Stahn, Carsten, “Complementarity: A Tale of Two Notions”, en *Criminal Law Forum*, vol. 19, n. 1, 2008, pp. 87-113 (96).

⁷⁸¹ Carnero Rojo, Enrique, “The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From ‘No Peace without Justice’ to ‘No Peace with Victor’s Justice’?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, n. 4, 2005, pp. 829-869 (832-833).

⁷⁸² De acuerdo al artículo 17, para poner en marcha una investigación, el Fiscal procederá de acuerdo a los siguientes enunciados: 1.- a) que un Estado teniendo jurisdicción sea objeto de una investigación o enjuiciamiento de un caso, y no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación, o no pueda realmente hacerlo; b) cuando un asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tiene jurisdicción, haya decidido no levantar cargos contra la persona que se trate, o no esté dispuesto llevar a cabo el juicio, o no pueda hacerlo; c) la persona ya ha sido enjuiciada por la conducta señalada en la denuncia, y la Corte no puede adelantar el juicio con arreglo al párrafo 3 del artículo 20 (que la conducta juzgada haya sido a propósito para sustraer de responsabilidad penal por crímenes competencia de la Corte, y que el juicio haya carecido de independencia e imparcialidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, o que de acuerdo a las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia; d) el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte, y 2.- Para determinar si existe o no disposición para actuar en un caso determinado, la Corte observará: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

⁷⁸³ Trahan, Jennifer, “Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court’s Crime of Aggression? Considering the Problem of “Overzealous” National Court Prosecutions”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 45, n. 3, 2012, pp. 569-601 (582).

En definitiva, según se desprende del artículo 17, la Corte pone énfasis en la garantía del debido proceso, como prueba de que un Estado está dispuesto o no a llevar a cabo una investigación y posterior enjuiciamiento de la persona de que se trate. Ello constituye un incentivo para la jurisdicción doméstica si desea conservar su autonomía sobre las causas penales seguidas a sus nacionales por crímenes de la competencia de la Corte⁷⁸⁴.

Por otra parte, el ejercicio del principio de complementariedad se asemeja a la otra alternativa existente para los Estados interesados, es decir, el uso del ejercicio de la jurisdicción universal, en virtud de la cual los Estados que han acuñado ese principio en su derecho interno podrán ejercer su competencia sobre crímenes internacionales trascendentales; generalmente llevado a cabo cuando existe una conexión relevante entre la comisión del delito y la nacionalidad de la víctima o cuando el presunto delincuente se encuentre en el Estado que pretende ejercer su jurisdicción⁷⁸⁵, como una manera de combatir la impunidad con que salen en muchas ocasiones victoriosos los autores de violaciones de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general. En suma, es el principio de subsidiariedad el que el estado hace valer cuando las autoridades estatales y judiciales de otro Estado rehúsan aplicar de forma efectiva las normas internacionales tendientes a sancionar a los culpables de ciertos crímenes internacionales⁷⁸⁶.

Ahora bien, para la Corte hacer uso del principio de complementariedad necesita evidentemente la cooperación estatal, tanto para la entrega de un individuo como para recabar las pruebas necesarias en un caso determinado. El compromiso asumido por los Estados en el Estatuto de Roma hace innecesaria la firma de un tratado de extradición previo para estas cuestiones.

No obstante, la acción de la Corte respecto a la entrega y búsqueda de pruebas puede verse afectada sin una buena disposición estatal de contribuir a ese cometido. En ese

⁷⁸⁴ Jon Heller, Kevin, "The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process", en *Criminal Law Forum*, vol. n. 3-4, 17, 2006, pp. 255-280 (257-258).

⁷⁸⁵ Bassiouni, M. Cherif, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", en *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, n. 1, 2001, pp. 81-162 (83).

⁷⁸⁶ Ryngaert, Cedric, "Applying the Rome Statute's Complementarity Principle: Drawing Lessons from the Prosecution of Core Crimes by States Acting under the Universality Principle", en *Institute for International Law, Working Paper*, n. 98, 2006, pp. 1-16 (4-5).

sentido, podrían ocurrir obstaculizaciones del proceso judicial iniciado, cuyos indicios se vislumbrarían de inmediato cuando un Estado se rehusase entregar a un acusado o, habiendo consentido, dificultase la investigación, como táctica de retaliación⁷⁸⁷.

Sin embargo, en cualquier caso, es una obligación cooperar con la Corte en relación a una investigación para el enjuiciamiento de los crímenes de su competencia como proclama el artículo 86 del Estatuto. Lo mismo podría decirse de aquéllos que han concertado un acuerdo con la Corte para prestar asistencia respecto a una Parte en el Estatuto (artículo 87.5). De hecho, tras el compromiso asumido en un tratado, las Partes se encuentran obligadas a respetar sus disposiciones, en caso contrario, una acción u omisión contraria constituye un hecho ilícito internacional derivado del principio *pacta sunt servanda*⁷⁸⁸.

En todo caso, la existencia de la Corte en sí misma ha servido para persuadir a la justicia local de realizar su propio esfuerzo en perseguir a los culpables de crímenes internacionales; y ese podría significar su propio éxito⁷⁸⁹. Es lo que se conoce como complementariedad proactiva, lo cual podría verse como uno de los cometidos de la Corte, cuando presente limitaciones para realizar su función primaria de forma efectiva, es decir, perseguir a los acusados de los crímenes de su competencia cuando la justicia local se vea impedida de hacerlo por las razones enunciadas⁷⁹⁰.

Asimismo, la complementariedad puede servir de impulso para que los Estados adapten su legislación interna a la persecución del crimen internacional cuando adolece de una norma específica conducente a reprimirlo⁷⁹¹. Máxime cuando así lo proclama el Estatuto en su preámbulo, como un deber del Estado de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables.

⁷⁸⁷ Ambos, Kai, “Enjuiciamiento de Crímenes Internacionales en el Nivel Nacional e Internacional: Entre Justicia y Realpolitik”, en *Panorama internacional sobre justicia penal, proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y Sistemas, Jurídicos Comparados*, Sergio García Ramírez y Mariscal Olga Isla De González (coords), séptimas jornadas sobre justicia penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, pp. 371-390.

⁷⁸⁸ Aguirrezabal Quijera, Irune, “Importancia de Incorporar Legislación Interna Relativa a la Corte Penal Internacional”, en *Justicia Penal Internacional*, Corcuera CabesuT, Santiago y Guevara Bermúdez, José A. (comps.), Universidad Iberoamericana, México, 2001, pp. 189-200 (193).

⁷⁸⁹ Stahn, Carsten, “Complementarity: A Tale of Two Notions”, *loc. cit. supra* en nota 780, p. 88.

⁷⁹⁰ Burke-White, William W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, en *Harvard International Law Review*, vol. 49, n. 1, 2008, pp. 53-108 (55).

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 56.

En esa misma línea, se afirma que la Corte no viene a sustituir a los tribunales internos, sino más bien a evitar que los mismos sean impedidos de perseguir y sancionar a los culpables, siendo las autoridades estatales quienes tienen mayor responsabilidad de cumplir con ese cometido. De manera que si la justicia local aplica de forma efectiva las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el Estatuto de Roma, ese será también un éxito de la misma. Así lo puso de manifiesto el primer Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, el 16 de junio de 2003 mientras ofrecía su discurso en la ceremonia sobre el principio de complementariedad. Según Ocampo, la ausencia de juicios en la Corte significa que las instituciones nacionales están teniendo éxito⁷⁹².

No obstante, la Corte podrá encontrarse con situaciones en las que deberá decidir si enfrascarse en la búsqueda y persecución de un acusado, cuando previciblemente se vislumbre la actuación a medias por parte del Estado en un caso concreto, con la opción de persecución del delito por medio de políticas de reconciliación⁷⁹³. Concretamente, las políticas de reconciliación pueden ser vistas como mecanismos alternativos de justicia, incluso las amnistías. En ese sentido, tendrá la Corte que evaluar cómo afrontar esa situación⁷⁹⁴.

Es evidente que el principio de complementariedad deja de tener cabida en estas cuestiones, porque la Corte no fue diseñada a esos efectos. *A contrario sensu*, la utilización de estos métodos de reconciliación puede llevar a la impunidad que es precisamente lo que se quiere evitar, y puede socavar la labor de la Corte. Pero estas acciones son situaciones especiales y permitidas por el derecho internacional, de aquí que el trabajo de la Corte consistiría en investigar esos casos para verificar si ello ha sido bien o mal aplicado, si se trata de falta de voluntad o capacidad para llevar a cabo un juicio contra el imputado⁷⁹⁵.

⁷⁹² Statement by Mr. Luis Moreno-Ocampo, June 16, 2003, Ceremony for the Solemn Undertaking of the Chief Prosecutor, Office of Prosecutor, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, pars. 59-66, ver: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>, fecha de consulta 28 de noviembre de 2013.

⁷⁹³ Ryngaert, Cedric, "Applying the Rome Statute's Complementarity...", *loc. cit. supra* en nota 786, p. 5.

⁷⁹⁴ Gordon, Gregory S, "Complementarity and alternative Justice", en *Oregon Law Review*, vol. 88, n. 3, 2009, pp. 621-702 (622).

⁷⁹⁵ El Zeidy, Mohamed M., "The principle of complementarity: A new machinery to implement International criminal law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, n. 4, 2002, pp. 869-975 (940-941) (940).

De cualquier manera, creemos que la mera presencia de la Corte garantiza, por un lado, que los crímenes internacionales puedan ser sancionados, sea por la actuación efectiva de los estamentos judiciales nacionales o en última instancia por la Corte, y, por otro lado, el desempeño particular y conjunto cuando sea necesario de ambas jurisdicciones está llamado a acabar con la impunidad⁷⁹⁶, traducéndose estas acciones en mecanismos de reparación a las víctimas, de los sufrimientos ocasionados por violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos en la era posconflicto.

IV. La vinculación de la CPI al Consejo de Seguridad: entre el riesgo y la necesidad

El ECPI proclama en su preámbulo que durante el siglo XX millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad; al tiempo que esos crímenes constituyen una amenaza a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. En consecuencia, enuncia que crímenes de este tipo no pueden quedar sin castigo, por lo que, de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta de la ONU, y para la consecución de sus objetivos, decide establecer una Corte Penal Internacional independiente y vinculada a la ONU.

Hay dos aspectos a destacar en esta introducción, y es que, por un lado, se comprende que los crímenes internacionales de la competencia de la Corte son los más graves, los que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales, y por otro lado, en el ámbito internacional existe una preocupación por que los mismos no queden impunes. En varios de los últimos conflictos armados analizados de finales del siglo XX y principios del XXI, el Consejo ha llamado a las Partes a respetar el derecho internacional humanitario, y les recuerda que la comisión de ciertas conductas de manera sistemática y generalizada, en violación de las normas subyacentes, constituyen crímenes de derecho internacional por los que deben ser responsables a título personal sus autores.

Como se puede observar, el preámbulo de la Corte Penal Internacional coincide con la práctica reciente del Consejo de Seguridad. Ambos se pronuncian de la misma forma. El

⁷⁹⁶ Stahn, Carsten, “Complementarity: A Tale of Two Notions”, *loc. cit. supra* en nota 780, p. 113.

Consejo, por su parte, como uno de los principales órganos de la ONU tiene a su cargo mantener la paz y la seguridad internacionales, y con arreglo a esa prerrogativa podrá tomar todas las medidas necesarias a tal fin, según lo proclama la Carta de la ONU en su artículo 39. En las últimas décadas, la protección de los derechos humanos fundamentales ha sido otra de las funciones asumidas por el Consejo, deducida de los principios y propósitos de la Carta, pudiendo inclusive autorizar la fuerza cuando lo crea necesario. Hoy día es visto como el máximo garante de las normas dirigidas a la protección de las personas civiles en los conflictos armados, internos e internacionales. No obstante, los fracasos en algunos conflictos armados internos señalados han puesto de relieve algunas de sus debilidades, sin haber podido evitar a tiempo los asesinatos sistemáticos y generalizados; pues muchos de esos millones de niños, mujeres y hombres evocados por la Corte, han sido víctimas de ataques contra personas civiles y poblaciones civiles ajenas al conflicto.

Por su parte, los plenipotenciarios en el proceso de negociación del Estatuto de Roma coincidieron en que el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional, cada uno por separado, contribuirá a mantener la paz y seguridad internacionales y a combatir la impunidad con que salen victoriosos muchos de los responsables de crímenes internacionales. Es preciso recordar que, aparte de otros motivos, los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda se instituyeron también con el propósito de restablecer la paz y seguridad internacionales para el primero, y evitar el resurgimiento del conflicto para el segundo.

Por consiguiente, la Corte necesitará de la cooperación de la ONU, concretamente del Consejo de Seguridad para lograr esos fines, sobre todo en lo que se refiere a los Estados no Partes, motivo suficiente para que los perpetradores de violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos fundamentales, producidas en un conflicto armado interno o internacional no puedan evadir su jurisdicción. Pero también hay preocupación por el rol que el Consejo desempeñará en muchas de sus facultades adquiridas en el Estatuto de Roma.

El primer vínculo entre la CPI y la ONU se manifiesta en lo expresado en el artículo 13 inciso b), según el cual el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta, podrá remitir un caso al Fiscal para que lo investigue. Pero esa atribución

debe manejarse con mucha cautela porque primero el Consejo de Seguridad debe calificar la situación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales antes de decidir qué medida adoptar con base al Capítulo VII (artículo 39). Dicho esto, ya no sería necesario contar con el consentimiento del Estado afectado no Parte en el Estatuto de Roma, porque las resoluciones del Consejo adoptadas en virtud de ese Capítulo son de carácter obligatorio⁷⁹⁷.

Entre los peligros que acechan la efectividad de la Corte, está el mal uso del artículo 16 del Estatuto por parte del Consejo de Seguridad. Según dicho artículo, el Consejo puede mediante una resolución previa aprobada para tales fines, y con arreglo al Capítulo VII de la Carta, solicitar la suspensión, por un plazo de 12 meses renovable sucesivamente con las mismas condiciones, de un caso que esté la Corte conociendo o pretenda conocer. En este sentido, han sido dos las veces en que el Consejo ha hecho uso de esa facultad. Se trata de las resoluciones S/RES/1422, de 12 de julio de 2002 y S/RES/1487, de 12 de junio de 2003. Ambas fueron adoptadas solicitando a la Corte no iniciar ni proseguir ninguna causa proveniente de acciones u omisiones del personal, funcionarios o ex funcionarios de las operaciones aprobadas y autorizadas por la ONU, de Estados no Partes en el Estatuto de Roma; en otras palabras, se concedió inmunidad a estas fuerzas. Pero el Consejo no se pronunció sobre la determinación de la situación como amenaza a la paz y seguridad internacionales, contraviniendo de esta manera el artículo 39 de la Carta. Pese a que el artículo 16 del Estatuto de Roma no condiciona la facultad del Consejo a la determinación de la situación como amenaza a la paz y seguridad internacionales, el requerimiento es implícito.

La preocupación del Consejo es que los funcionarios, oficiales y miembros de las fuerzas multinacionales de paz, operaciones de paz o de estabilización en que participe un Estado no Parte en el Estatuto de Roma, puedan ser perseguidos por el Fiscal de la Corte de oficio en virtud del artículo 15 del Estatuto, y por tanto ese Estado reacciona

⁷⁹⁷ Otra de las vías por las que la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre ciudadanos de Estados no Partes en el Estatuto de Roma, se encuentra establecida en el artículo 12 incisos 2 y 3. Los mismos enuncian que si el crimen de la competencia de la Corte ha tenido lugar en un Estado Parte, por un ciudadano de un Estado no Parte en el Estatuto, o se perpetró a bordo de un buque o aeronave de matrícula de un Estado Parte, pero cuyo crimen fue cometido por un ciudadano de un Estado no Parte, en ambas situaciones podrá el Estado Parte apoderar al Fiscal para que inicie las investigaciones de rigor. Por otro lado, un Estado no Parte pueden hacer una declaración *ad hoc* conforme al párrafo 3 del mismo artículo 12, ante el Secretario de la Corte, consintiendo la competencia de la Corte respecto a la causa de que se trate, quedando por tanto obligado el Estado a cooperar sin demora ni excepción.

asumiendo el compromiso *ad hoc* ante el Secretario de la Corte, por el que consiente su competencia, ello con arreglo al artículo 12 (2) (a) (3). La situación es tal que durante un conflicto armado donde existen desplegadas fuerzas o funcionarios como los enunciados por mandato del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII, el gobierno, no acorde con la intervención de esas fuerzas o funcionarios, podría consentir, previa iniciativa del Fiscal, la competencia de la Corte para que inicie una investigación de uno o varios casos cometidos por esas fuerzas o funcionarios.

La situación es discutible, pues cabe señalar que el despliegue de las operaciones de mantenimiento de la paz, fuerzas multinacionales o de estabilización autorizadas por la ONU o aprobadas por la Organización, se ha convertido en una de las principales funciones del Consejo de Seguridad; es uno de los pilares de funcionamiento de la Organización⁷⁹⁸, tanto durante un conflicto armado como *a posteriori*, por lo que resultaría muy difícil en estos tiempos que la ONU alcance sus propósitos y objetivos sin contar con ellas, y dar inicio a una causa judicial contra un miembro, oficial, funcionario o ex funcionario de una operación como las señaladas podría degenerar en un problema mayor, que los Estados no Partes en el Estatuto de Roma se abstengan de enviar a sus soldados a participar en estas operaciones.

Sin embargo, hacer un mal uso del artículo 16, paralizando causas abiertas o por abrir a la Corte, podría también provocar más enfrentamientos entre las fuerzas armadas o facciones enfrentadas, e inclusive significaría un revés para las negociaciones de paz y reconciliación que el mismo Consejo siempre defiende durante un conflicto armado⁷⁹⁹. Asimismo, es una actuación contraria a lo que precisamente hemos apuntado, que un procedimiento judicial contra un acusado de un crimen de la competencia de la Corte influye significativamente en la resolución del conflicto de que se trate, como se indicó en el caso yugoslavo. Si bien el establecimiento del TPIY no significó el término de la

⁷⁹⁸ Actualmente la ONU tiene dieciséis operaciones para el mantenimiento de la paz desplegada: Haití, República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Liberia, Sahara Occidental, Mali, República de Sudán del Sur, Sudán, Darfur, India y Pakistán, Afganistán, Líbano, Oriente Medio, Chipre y Kosovo.

⁷⁹⁹ Bergsmo, Morten, “El Régimen de la Competencia en la Corte Penal Internacional”, en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos y Óscar Javier, Julián Guerrero (comps.), Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 179-209 (209); Oosthuizen, Grabriel H, “Some Preliminary Remarks on the Relationship between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council”, en *Netherlands International Law Review*, vol. 46, n. 3, 1999, pp. 313-342 (317), Gutiérrez Espada, Cesáreo, “La Corte de Roma (1998) como Institución Internacional”, en: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 22, 2004, pp. 59-98 (83).

guerra, contribuyó a ello, y pudo persuadir en cierta medida a los involucrados en la contienda a abstenerse de cometer crímenes internacionales, con la salvedad de que muchos harían caso omiso sobre el establecimiento de un tribunal para sancionar los crímenes cometidos; lo mismo podría decirse del TPIR y del TESL.

El problema se resolvió parcialmente con la aprobación por el Consejo de Seguridad de la Resolución S/RES/1497, de 1 de agosto de 2003, en ocasión del conflicto armado en Liberia. En el párrafo 7 se dio prioridad al Estado nacional que envía a ejercer su jurisdicción en caso de que un funcionario u oficial de la fuerza multinacional o de estabilización de la ONU, o relacionada con ella, cometa un acto por acción u omisión. El párrafo siete añadido, no guarda relación directa con el conflicto ni con amenazas a la paz y seguridad internacionales, y por esta razón Francia, México y Alemania se abstuvieron en la votación. Hasta el momento, ninguna otra resolución se ha aprobado referente a otro conflicto al término de esta investigación, lo que parece ser el final de la iniciativa, otorgando Estados Unidos inmunidad indefinida a sus tropas en ese país, porque la resolución se adoptó sin fecha de término, y todavía hoy permanecen las tropas en ese Estado⁸⁰⁰.

Semejante actuación hace pensar en la selectividad de casos, pues mientras unos pueden ser acusados y enjuiciados por una jurisdicción internacional, otros serán procesados por su Estado nacional, sin la garantía de que ello vaya a suceder, hasta que uno de los Miembros permanentes del Consejo haga el ejercicio del derecho de veto, abriendo el camino a la Corte para actuar⁸⁰¹. De momento Estados Unidos ha descontinuado con esa iniciativa, sin que ello haya significado el final del camino tendiente a frustrar más el espíritu y funcionamiento efectivo de la Corte, sino que todo ha sido por un cambio de estrategia en los llamados acuerdos de inmunidad patrocinados por Estados Unidos.

En definitiva, por legítimo que sea, sigue siendo cuestionable que una jurisdicción internacional dependa del rol político de unos pocos Estados para actuar en los casos

⁸⁰⁰ Abass, Ademola, "The Security Council's Power over Jurisdiction", en *Texas International Law Journal*, vol. 40, n. 2, 2005, pp. 263-297 (265); Zappalà, Salvatore, "Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 3, 2003, pp. 671-678 (672).

⁸⁰¹ Escobar Hernández, Concepción, "Las Relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas", en: *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, España, 2000, pp. 31-44 (38).

como los apuntados, porque en esencia se trata de combatir la impunidad de los autores de esos crímenes⁸⁰². La situación es delicada, puesto que la existencia de vinculación de la Corte al Consejo de seguridad es tan necesaria como fatídica.

V. La animadversión de Estados Unidos hacia la CPI

El papel desempeñado por Estados Unidos tras la vinculación de la Corte Penal Internacional con el Consejo de Seguridad de la ONU, de ninguna manera ha supuesto la única forma de atacar la efectividad de la institución judicial internacional. Estados Unidos comenzó su accionar mucho antes de que fuera establecida, intensificando su posición durante el proceso de negociación del Estatuto de Roma.

En sentido general, Estados Unidos tenía como objetivo debilitar la futura Corte, sus representantes defendían que se tomara en cuenta el consentimiento del Estado nacional del autor del crimen para que ésta pudiera ejercer su competencia, en cambio, para el crimen de genocidio proponía la competencia automática de la nueva Corte. Por otro lado, Estados Unidos pretendía que se pudiera formular reservas al Estatuto, que se tomara en cuenta sus responsabilidades y aportes para mantener la paz y la seguridad internacionales y que el Fiscal no tuviese potestad para iniciar de oficio una investigación o que sólo el Consejo de Seguridad de la ONU fuese el facultado para someter un caso ante la Corte⁸⁰³.

El Estatuto fue aprobado cumpliéndose la mayor parte de las expectativas que la comunidad internacional exigía, quedando los intereses estadounidenses afectados. Por ello, el presidente Clinton fue cuateloso y decidió autorizar la firma dos años más tarde, el 31 de diciembre de 2000, casi al terminar su mandato y el último día abierto a la

⁸⁰² El Zeidy, Mohamed M., "The Principle of Complementarity: A New Machinery...", *loc. cit. supra* en nota 792, p. 957; Rojas Caro, José, Los Principios de la Corte Penal Internacional y los Riesgos que la Amenazan", en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 86, 2005, pp. 53-70 (68).

⁸⁰³ Seguin, John, "Denouncing the international Criminal court: An examination of U.S. Objections to the Rome statute", en *Boston University International Law Journal*, vol. 18, n. 1, 2000, pp. 85-109 (92-100); Nadya Sadat, Leila and Carden, S. Richard, "The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution", *loc. cit. supra* en nota 754, p. 457; Arsanjani, Mahnoush H., "The Rome Statute of the International Criminal Court", *loc. cit. supra* en nota 765, p. 26; Scheffer, David J., "The United States and the International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 12-22 (15); Brown, Bartram S., "U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4, 1999, pp. 855-891; Uríos Moliner, Santiago, "Antecedentes Históricos de la Corte Penal...", *loc. cit. supra* en nota 469, p. 58; Peter Kaul, Hans, "La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia", en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos y Óscar Julian Guerrero (comps.), Universidad Externado de Colombia, 1999, pp 211-231 (218).

firma del Estatuto de Roma, dejando a su sucesor la responsabilidad de someterlo al Senado, sugiriendo primero analizarlo hasta que sus preocupaciones quedasen satisfechas, pues según su convicción el Estatuto contenía muchas imperfecciones⁸⁰⁴.

El nuevo presidente Georges W. Bush asumió una campaña anti Corte, influenciado por el senador Jesse Helms, y en ese sentido autorizó al Secretario Adjunto para el Control de Armas y Seguridad Internacional, John Bolton, que comunicase al Secretario General de la ONU la decisión de no ratificar el Estatuto de Roma y, por tanto, la retirada de la firma de Estados Unidos al Tratado, cumpliéndose lo dicho el 6 de mayo de 2002⁸⁰⁵. Las consecuencias de la retirada de la firma no constituye *per se* una violación a la Convención de Viena sobre del Derecho de los Tratados de 1969, puesto que no llegó a ratificarse, a menos que el firmante realice actos contra el objeto y fin del tratado, según proclama el artículo 18 de la citada Convención.

Al mes siguiente solicitó al senador Helms presentar un proyecto de ley ante el Senado con la finalidad de prohibir toda cooperación con la Corte y actuar contra aquellos Estados que ratifiquen el Estatuto de Roma, así como condicionar la participación de las fuerzas estadounidenses a la exención de la jurisdicción de la Corte. El proyecto fue aprobado el 2 de agosto de 2002 bajo el nombre *American Servicemembers Protection Act, ASPA* (Ley de Protección de Soldados Estadounidenses), siendo después conocido como Invasión de La Haya⁸⁰⁶, la cual se unió a otra Ley sancionada en 1999, que prohibía usar fondos públicos para proveer de recursos económicos a la Corte⁸⁰⁷. Esta Ley es otra muestra de la preocupación de Estados Unidos por que sus ciudadanos puedan ser procesados por la Corte, sobre todo por sus responsabilidades con la cantidad de combatientes legítimos e irregulares detenidos en Guantánamo y otras bases

⁸⁰⁴ Amann, Diane Marie, "The United States of America and The International Criminal Court", en *American Journal of Comparative Law Supplement*, vol. 50, n. 2002, pp. 381-404 (381); Leigh, Monroe, "The United States and the Statute of Rome", en *AJIL*, vol. 95, n. 1, 2001, pp. 124-131 (124).

⁸⁰⁵ Ferencz, Benjamin B., "Misguided Fears About the International Criminal Court", en *Pace International Law Review*, vol. 15, n. 1, 2003, pp. 223-246 (238)

⁸⁰⁶ Vid. American Servicemembers' Protection Act, en *AJIL*, vol. 96, n. 4, 2002, pp. 975-977; comentarios en: Kaczorowska, Alina, *Public International Law*, Fourth Edition, Routledge, New York, 2010, p. 96; G. Ralph, Jason, "Republic, empire or good international citizen? International law and American identity, en *United States Foreign Policy and National Identity in the Twenty-First Century*, Christie Kennet (edit.), Routledge, New York, 2008, pp. 85-100 (93); Leigh, Monroe, "The United States and the Statute of Rome", *loc. cit. supra* en nota 804, p. 130.

⁸⁰⁷ Ley sobre Autorizaciones de Relaciones Extranjeras, año Fiscal 2000 y 2001. Vid. Amann, Diane Marie, "The United States of America and The International Criminal Court", *loc. cit. supra* en nota 804, p. 384.

de operaciones estadounidenses por todo el mundo, pudiendo sus mandos militares y de servicio secreto incurrir en violaciones graves del derecho internacional humanitario con ellos, especialmente torturas y otros tratos inhumanos, crueles y degradantes, en su guerra contra el terrorismo, siendo Guantánamo, Cuba, la base que alberga mayor número de prisioneros⁸⁰⁸.

Cabe destacar que esta práctica anti Corte encuentra su fundamento en el sentido de que Estados Unidos tiene fuerzas militares, personal civil y de servicios privados por más de cien países que laboran en operaciones para el mantenimiento de la paz, lo que justifica a nivel político que quiera defender sus intereses nacionales por todo el mundo, máxime cuando es uno de los principales contribuyentes de estas operaciones a nivel económico, estimándose que de 256.000 millones de dólares de gastos en 1998, Estados Unidos aportó una cuarta parte aproximadamente⁸⁰⁹. Es en ese sentido que defiende su legítimo derecho a que sus ciudadanos sean juzgados por un tribunal nacional como una manera de hacer valer su soberanía⁸¹⁰.

La animadversión estadounidense prosiguió con la realización de los llamados Acuerdos Biltaterales de Inmunidad (ABI), orientados a impedir de cualquier manera que Estados signatarios del Estatuto de Roma entregasen ciudadanos estadounidenses a la Corte para ser juzgados. De tal manera que si un Estado incumpliera el correspondiente Acuerdo, Estados Unidos le retiraría toda ayuda económica y militar, excluyendo a los Miembros de la OTAN, y otros tantos de su interés⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Martin, Julie B., "The International Criminal Court: Defining Complementary and Divining Implications for the United States", en *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 4, n. 1, 2006, pp. 107-133 (119 y ss.).

⁸⁰⁹ Zwanenburg, Marten, "The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?", en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 124-143 (127).

⁸¹⁰ Bolton, John R., "The United States and the International Criminal Court", en *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*, Willian Driscoll, Joseph P. Zompetti and Suzette W. Zompetti (edits.), International Debate Education Association, New York, 2004, pp. 160-170 (161).

⁸¹¹ Hasta el 2009 Estados Unidos había concluido estos acuerdos con 96 Estados. Ver: http://www.law.georgetown.edu/library/research/guides/article_98.cfm, fecha de consulta 15 de septiembre de 2013. La Unión Europea rechazó abiertamente estos acuerdos, la Resolución del Parlamento Europeo, P5_TA-PROV (2002) 0449, de 26 de septiembre de 2002; así como Resolución del Consejo de la Unión 12386/02COJUR 9 USA 35 PESC 369, de 30 de septiembre de 2002. Sobre textos parciales de estas resoluciones y su análisis, ver el documento AI: IOR 40/030/2002/s, de Amnistía Internacional titulado: "Corte Penal Internacional: Necesidad de que la Unión Europea tome Medidas efectivas para evitar que sus miembros firmen acuerdos de impunidad con Estados Unidos", en la página web: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/IO40/030/2002/fr/3e34f4a7-d7a0-11dd-b02421932cd2170d/ior400302002es.pdf>. Fecha de consulta 15 de septiembre de 2013.

El fundamento jurídico para la realización de estos Acuerdos se encuentra en el artículo 98.2 del Estatuto de Roma, según el cual la Corte se abstendrá de ejercer su jurisdicción si el Estado requerido incumpliría una obligación internacional contraída con otro Estado al entregar al acusado; a menos que el Estado requerido obtenga primero el permiso del Estado que envíe. De acuerdo a lectura se entiende que hace referencia a acuerdos realizados *a priori*, no *a posteriori*⁸¹².

El señalamiento de que la conclusión de estos acuerdos viola el artículo 18 de Convención de Viena no parece ser la mejor de las teorías, debido a que dicho artículo hace referencia a los actos que frustran el objeto y fin de los tratados mientras se está en la etapa transitoria, es decir, pre-ratificación. Por tanto, cuando Estados Unidos confirmó la intención de retirar la firma al Estatuto de Roma, al mismo tiempo cesó el tiempo de incurrir en violación de la citada Convención⁸¹³. Sin embargo, respecto al artículo 26 de la misma Convención, los Estados signatarios del Estatuto de Roma podrían incurrir en responsabilidad internacional en tanto que una vez entrado el tratado en vigor, éste debe ser cumplido de buena fe, en ese sentido, los Estados Partes en el Estatuto de Roma, saben que concertar un acuerdo con un Estado con la intención de incumplir otro acuerdo con otro Estado, constituye una violación⁸¹⁴.

Para continuar con los ataques simultáneos contra la CPI y la posibilidad de que los ciudadanos estadounidenses queden bajo su jurisdicción, Estados Unidos amenazó con impedir la aprobación del Proyecto de Resolución (S/2002/712)⁸¹⁵ sobre la Operación para el Mantenimiento de la Paz de Bosnia-Herzegovina (UNMIBH), así como todas las resoluciones pertinentes relacionadas con esas operaciones en los demás Estados donde la ONU ha desplegado esas fuerzas. De ahí que la solución encontrada resultó en la aprobación de las citadas resoluciones S/RES/1422, de 12 de julio de 2002 y S/RES/1487, de 12 de junio de 2003. Esta postura irritó a algunos de sus aliados europeos, entre ellos el ministro británico de asuntos exteriores Jack Straw y el sueco

⁸¹² Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 219, pp. 1248-1249.

⁸¹³ Tallman, David A., "Catch 98(2): Article 98 Agreements and the Dilemma of Treaty Conflict", en *Georgetown Law Review*, vol. 92, n. 5, 2004, pp. 1033, 1056 (1049).

⁸¹⁴ Meyer, Eric M., "International Law: The Compatibility of the Rome Statute of the International Criminal Court with the U.S. Bilateral Immunity Agreements Included in the American Servicemembers' Protection Act", en *Oklahoma Law Review*, vol. 58, n. 1, 2005, pp. 97-133 (117-118).

⁸¹⁵ Véase el Proyecto de Resolución (S/2002/712) y sus comentarios (SC/7437) en: <http://www.un.org/depts/dhl/spa/nish/resguids/scact2002sp.htm>

Carl Bildt, quien calificó la situación como “*política suicida*”, de Estados Unidos hacia la Corte⁸¹⁶.

La actuación sin precedente de Estados Unidos movido por el unilateralismo, la falta de cooperación, así como la posición arbitraria dentro del Consejo de Seguridad, podría socavar la institución internacional penal a largo plazo⁸¹⁷, esa ha sido la reflexión suscitada durante la primera década de su funcionamiento. Ello, unido a la falta de adhesión de Rusia, China e Israel al Estatuto de Roma, ha mermado su poder político e institucional respecto a su alcance jurisdiccional. Desde entonces, ha existido un fuerte hermetismo en creer que Estados Unidos continuará con su política hostil hacia la Corte, y por otro lado, existe también la impresión de que el peso político del Consejo de Seguridad termine por influir de alguna manera en algunas de sus decisiones, y condicione su accionar a sus intereses⁸¹⁸.

Sin embargo, la era del presidente Barak Obama ha flexibilizado el camino para una posible adhesión al Estatuto de Roma cuando en una nota de prensa del Departamento de Estado, del 12 de febrero de 2009, se anunció la revisión de la política de Estados Unidos hacia la Corte, al tiempo que funcionarios del gobierno se comprometieron a contribuir con las investigaciones de la institución⁸¹⁹. Así lo ha demostrado en las investigaciones llevadas a cabo por el Fiscal de la Corte en la situación en Kenia, comprometiéndose a ayudar a proteger a los testigos⁸²⁰, y el haber Estados Unidos votado a favor de la remisión de la situación de Libia en la Resolución S/RES/1970, de 26 de febrero de 2011.

Desafíos como éste nos impulsan a preguntarnos si la Corte podrá cumplir con sus propósitos, reducir la impunidad, disuadir a posibles criminales para que respeten las

⁸¹⁶ Galbraith, Jean, “The Bush Administration’s Response to the International Criminal Court”, en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, n. 3, 2003, pp. 683-702 (688).

⁸¹⁷ Meyer, Eric M., “International Law: The Compatibility of the Rome Statute...”, *loc. cit. supra* en nota 814, p. 115.

⁸¹⁸ Cardona Llorens, Jorge, “La Corte Penal Internacional y el Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales”, en *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 61-103 (76); Gutiérrez Espada, Cesáreo, “Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La Discutida Posición del Consejo de Seguridad”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 3-61 (57).

⁸¹⁹ Fairlie, Megan A., “The United States and the International Criminal Court Post-Bush...”, *loc. cit. supra* en nota 819, p. 541.

⁸²⁰ *Ibidem*, pp. 542-543.

normas sobre derecho internacional humanitario y sobre derechos humanos, así como contribuir indirectamente a que los Estados persigan y juzguen de manera responsable a sus infractores. Si ese fuera el caso, el esfuerzo de medio siglo y para bien de futuras generaciones no habrá sido en vano.

VI. La práctica reciente de la CPI en algunos conflictos armados internos

Desde que la CPI comenzó su andadura, varios conflictos armados internos han surgido y otros continúan vigentes al día de hoy. En ellos se han producido violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos de la competencia de la Corte. Estos conflictos han tenido como epicentro África, de modo que con ánimo de perseguir esas violaciones y cumplir su mandato, la Institución ha iniciado un cúmulo de procesos contra los principales responsables de miles de víctimas. Como en todo conflicto armado, las personas civiles y la población civil han sido las más perjudicadas.

Pudiera parecer que la Corte se hizo para África: Lo cierto es que los Estados que conforman este continente están en proceso de desarrollo interno, y en ese sentido el aparato judicial no opera con eficacia, algunas veces con un colapso total de todas sus instituciones. No obstante, después de haberse cumplido una década en funcionamiento, la Corte se ha concentrado más en emitir órdenes de arrestos que recabar pruebas y trabajar con eficacia, aunque en todo caso, es poco tiempo para valorar su trabajo y emitir juicios de valor.

1. Remisión por la República Democrática del Congo (RDC), Estado Parte, de su situación a la CPI, de acuerdo al artículo 14 del Estatuto de Roma

El 3 de marzo de 2004, el presidente de la RDC decidió remitir la situación de su país a la CPI, alegando que no estaba en condiciones de iniciar una investigación contra los acusados; después de analizar la solicitud, el Fiscal apoderó a la presidencia de la Corte para que decidiera al respecto, por lo que esta última designó a la Sala de Cuestiones Preliminares I⁸²¹.

El conocimiento de la situación obedece a que, desde agosto de 1998 hasta noviembre de 2002, cerca de 3.8 millones de personas murieron durante el conflicto armado interno

⁸²¹ Decision assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I (ICC-01/04-1), 5 July 2004.

e internacional que se desarrolló en la RDC, la mayoría de ellas por falta de atención médica y suministro de alimentos, y unas 200.000 muertes corresponden a la violencia generada⁸²². La causa directa del conflicto se inscribe en la lucha por el control de los recursos naturales por los distintos grupos armados al interior de la RDC, algunos apoyados por Estados vecinos (Ruanda y Uganda), quienes decidieron volverse contra el presidente congoleño Laurent-Désiré Kabila.

El gobierno de Kabila se instaló el 29 de mayo de 1997 y fue el resultado de un golpe de Estado realizado contra el antiguo régimen antidemocrático de Marshal Mobutu Sese Seko; para ello contó también con la participación de las mismas fuerzas armadas ugandesas y ruandesas, invitadas formalmente a salir del país el 28 de julio de 1998⁸²³. En 1999 se firmó el Acuerdo de Lusaka por el que se buscaba un alto el fuego; sin embargo el conflicto continuó, cometiéndose violaciones sistemáticas y generalizadas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos⁸²⁴.

El recrudecimiento de los combates se debió al apoyo de los gobiernos de Ruanda y Uganda a los grupos rebeldes en la lucha por el control de los recursos naturales, como una manera mostrar descontento contra el gobierno de Kabila por haberles invitado a salir del país, dando inicio al conflicto, por lo que el gobierno de la RDC debió contar con el apoyo de Zimbabwe, el Chad, Angola y Namibia para contrarrestar la ofensiva⁸²⁵. En diciembre de 2002 se firmó en Sudáfrica el Acuerdo Global e Inclusivo de Pretoria, que promovía la aprobación de una nueva Constitución y el establecimiento de un gobierno de transición en 2003. En abril del mismo año, se firmó el Acuerdo de Sun City, con la finalidad de iniciar la negociación para el despliegue de una fuerza de paz de la ONU, y, sin llegar a materializarse, se pactó la creación de una comisión de la verdad y reconciliación, el establecimiento de un tribunal penal internacional y la creación de

⁸²² Turner, Thomas, *The Congo Wars: Conflict, Myth and Reality*, Zed Books Ltd, London, 2007, p. 3.

⁸²³ CIJ, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Judgment of 19 December 2005, pars. 29, 37 y 49.

⁸²⁴ Vlassenroot, Koen y Raeymaekers, Tomothy, “¿El retorno del leopardo? Patrimonialismo y crisis post-transición en la República Democrática del Congo”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, n. 6, 2007, pp. 1-15 (1).

⁸²⁵ Kapinga Kapinga Nkashama, Symphorien, “The case of armed activities on the territory of Congo (DRC v. Uganda): The relief due to the Congolese State and the collateral victims of acts of war”, en *Konrad Adenauer Stiftung / African Law Study Library*, vol. 11, 2012, pp. 1-18 (3); Kisangani Ndikumana, Léonce and Emizet, Kisangani, “The Economics of Civil War: The Case of the Democratic Republic of Congo”, en *Political Economy Research Institute / Working Paper Series*, n. 63, 2003, 1-46 (25).

una Unidad Nacional de Supervisión de los Derechos Humanos, entre otros puntos. No obstante, las hostilidades continuaron de manera intermitente hasta 2009⁸²⁶. Por la cantidad de Estados participantes, el conflicto ha sido conocido como la primera guerra mundial africana⁸²⁷.

A *priori*, es necesario resaltar que, tal como se apuntó otrora, el conflicto armado consistió en una serie de conflictos ocurridos al mismo tiempo entre diferentes actores, por lo que podría haberse calificado de interno e internacional al mismo tiempo dependiendo del momento y lugar, como así apuntó la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe publicado en agosto de 2010⁸²⁸, no obstante caracterizarlo como interno en sentido general. Internacional, por la existencia de pruebas suficientes de la implicación de las fuerzas armadas de Uganda y Ruanda en la Región de Ituri, que inclusive estuvo bajo su control al menos durante el período de julio de 2002 a junio de 2003. Así lo determinó la Sala de Cuestiones Preliminares para el caso de la participación de las Fuerzas Armadas de Uganda como potencia ocupante en Ituri durante el período indicado, pero no llegó a la misma conclusión respecto a la participación de las Fuerzas Armadas Ruandesas, quienes decidieron apoyar a la Unión Patriótica Congoleña (UPC) suministrando municiones, armas, soldados y órdenes directas del presidente. Para la Sala, existen pocas evidencias para sostener que Ruanda tuvo una participación directa en el conflicto⁸²⁹.

La primera suposición por la que la Sala de Cuestiones Preliminares I refuerza la internacionalización del conflicto, estuvo motivada por el fallo de la CIJ en el caso *República Democrática del Congo v. Uganda*, de 19 de diciembre de 2005⁸³⁰, según el cual las Fuerzas Armadas de Uganda se mantuvieron como potencia ocupante al tiempo que apoyaron a una de las facciones enfrentadas, las Fuerzas de Defensas del Pueblo

⁸²⁶ Dagne, Ted, “The Democratic Republic of Congo: Background and Current Developments”, en *Congressional Research Service*, 2011, pp. 1-16 (1).

⁸²⁷ Kapinga Kapinga Nkashama, Symphorien, “The case of armed activities on the territory of Congo (DRC v. Uganda)...”, *loc. cit. supra* en nota 825, p. 2.

⁸²⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR), Report of the Mapping Exercise documenting the most serious violations of human rights and international humanitarian law committed within the territory of the Democratic Republic of the Congo between March 1993 and June 2003, par. 19. Véase en: http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_EN.pdf, fecha de consulta 20 de septiembre de 2013.

⁸²⁹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Decision of the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007, pp. 76-77, pars. 220-223.

⁸³⁰ CIJ, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Case Concerning Armed Activities..., *loc. cit. supra* en nota 823, p. 231, par. 178.

Ugandés (UPDF / FDPU), siendo la conducta de este grupo armado atribuible a Uganda en tanto que actuó como órgano de ese Estado al participar en las actividades armadas contra la RDC, ocupando Ituri, prestando apoyo logístico, militar y económico, violando el principio del no uso de la fuerza en las relaciones internacionales⁸³¹.

No obstante, el hecho en concreto para determinar la internacionalización del conflicto lo constituyó la ocupación militar, no el apoyo general otorgado por Uganda a las fuerzas rebeldes en la RDC en la zona señalada. En ello se basó la Sala de Cuestiones Preliminares I, más que en la participación extranjera. Lo que por un lado iría acorde con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra en relación a la situación de ocupación.

Sin embargo, la Sala de Primera Instancia I, en su sentencia de 14 de marzo de 2012 evadió centrarse en los elementos que condujeron a la posible internacionalización del conflicto, dígase de la ocupación de Bunia, su aeropuerto y otras zonas por parte del UPDF con la ayuda de Uganda. Todo ello por considerar que el posible conflicto armado internacional entre la RDC y Uganda no cambiaba la naturaleza jurídica del conflicto armado interno relevante por el que se sostienen los cargos, es decir, el surgido entre el UPC y las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), y entre el Rassemblement Congolais pour la Démocratie - Kisangani / Mouvement de Liberation (RCD/ML) / Armée du Peuple Congolais (APC) y el Force de Resistance Patriotique en Ituri (FPRI), Reconoce, además, que la ocupación de la zona mencionada de ningún modo originó un enfrentamiento entre dos Estados, sea de manera directa e indirecta, por lo que reitera que el conflicto fue de carácter interno entre septiembre de 2002 y agosto de 2003⁸³².

Tomando en cuenta los dos pronunciamientos, algunos elementos que podrían internacionalizar un conflicto armado interno como la participación de fuerzas armadas extranjeras y la ocupación de una parte de un territorio, hoy día no determinan *per se* el derecho aplicable, sino que se debe analizar cada caso en concreto. Pues el apoyo o

⁸³¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Decision of the Confirmation..., *loc. cit. supra* en nota 829, p. 75, pars. 216-217, y CIJ, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Case Concerning Armed Activities..., *Idem*.

⁸³² *Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I, 14 March 2012, pp. 259-260, pars. 565-567.

ayuda extranjera a un grupo rebelde en un conflicto armado interno, no siempre lleva a la conclusión de que tal participación conduzca a ejercer un control general de la fuerza a la que se le ofrece ayuda o asistencia. Y, respecto a la ocupación extranjera, a pesar de que el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra es claro en que se aplica en los casos de ocupación parcial del territorio, todavía persiste la interrogante de si la ocupación de una parte del territorio por una fuerza armada extranjera internacionaliza un conflicto armado interno, o lo constituiría la ocupación total del territorio. Respecto a esto último, se destacó que la ocupación por las Fuerzas Armadas de Indonesia del territorio de Timor Oriental nunca fue visto como un conflicto armado internacional, y quizás por esa razón nadie fue condenado por crímenes de guerra, pese a la jurisprudencia del TPIY y de TPIR que reconoce la comisión de estos crímenes también en los conflictos armados internos.

Por otra parte, pese a que la RDC ratificó el Estatuto de Roma en 2002, todavía no cuenta con una ley de implementación, quedando en ese sentido un Proyecto pendiente en el Parlamento. En todo caso, la mayoría de los crímenes competencia de la CPI se encuentran estipulados en el Código Militar, por lo que muchos tribunales de ese entorno están juzgando a individuos acusados de cometer crímenes internacionales, aplicando directamente el Estatuto de Roma⁸³³. De todas maneras, la CPI está conociendo algunos casos que en su momento estaban siendo tratados por los tribunales nacionales, algunos por violaciones del derecho interno y otros por crímenes internacionales, que la Corte ha decidido investigar por alegada falta de capacidad del país de afrontar una investigación eficaz. Son ellos los casos de Thomas Lubanga Dyilo y Germain Katanga⁸³⁴. A continuación se ofrece una lista de casos ante la Corte, generalmente por crímenes de guerra, y otros tantos por crímenes contra la humanidad por el delito de violación, tortura, persecución, etc.:

⁸³³ Olugbuo, Benson, “Positive complementarity and the fight against impunity in Africa”, en *Prosecuting International Crimes in Africa*, Chacha Murungu & Japhet Biegon (editors), Pretoria University Law Press, South Africa, 2011, p. 260; Fairlie, Megan A., “The United States and the International Criminal Court Post-Bush...”, *loc. cit. supra* en nota 819, p. 568; Trapani, Antonietta, “Complementarity in the Congo: The Direct Application of the Rome Statute in the Military Courts of the DRC”, en *Domac/12*, 2011, pp. 1-64 (22). Vid. en: <http://www.domac.is/media/domac-skjol/Domac-12-Trapani.pdf>, fecha de consulta 09/08/2013.

⁸³⁴ Schabas, Willian A., “‘Complementarity in Practice’: Some Uncomplimentary Thoughts”, en For presentation at the 20th Anniversary Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law, Vancouver, 23 June 2007, pp. 1-28 (13), ver en <http://www.isrcl.org/Papers/2007/Schabas.pdf>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2013.

a) Caso Thomas Lubanga Dyilo: El primero de ellos fue contra Thomas Lubanga Dyilo, comandante en jefe las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) y cofundador y líder de la UPC. En marzo de 2004, el presidente Joseph Kabila de la RDC, haciendo uso del artículo 14 del Estatuto de Roma como Estado Parte, remitió al Fiscal la situación del Congo en la que parece se habían cometido crímenes de competencia de la Corte⁸³⁵. El 29 de enero de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares I confirmó los cargos contra Lubanga, con la acusación de ser coparticipante en la perpetración de crímenes de guerra en la forma de reclutar y alistar niños menores de 15 años en el grupo armado FPLC y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, en violación de los artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii)⁸³⁶ del Estatuto de Roma, durante el conflicto armado interno que asoló a la RDC del Congo (1998-2003), siendo los crímenes cometidos entre el 1 de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, en la región de Ituri que hace frontera con Uganda. El 14 de marzo de 2012 la Primera Sala de Instancia de la CPI, lo encontró culpable del delito señalado en concordancia con el artículo 25 (3) (a), que declara penalmente responsable a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”⁸³⁷, y el 12 de julio de 2012 lo sentenció a catorce años de prisión⁸³⁸, sentencia confirmada por la Sala de Apelaciones el 1 de diciembre de 2014.

b) Caso Germain Katanga (Simba): El Fiscal, continuando con las investigaciones sobre la situación de la RDC durante el conflicto armado (1998-2003), consiguió una orden de detención contra el líder y jefe de las Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri (FRPI), el señor Germain Katanga (Simba), el 2 de julio de 2007, por los crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), entre julio de 2002 y finales de 2003, sobre todo en el Distrito de Ituri y Bogoro, pero luego cambió el sentido de la imputación en razón de su contribución de algún modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen (artículo 25 (3) (d)): violación, homicidio intencional (artículo 8 (2) (a) (i)), tortura y otros tratos inhumanos (artículo 8 (2) (a) (ii)), ataques intencionales contra la población civil o contra personas civiles que no participan

⁸³⁵ ICC, ICC-01/04-1, Asignación a la Sala de Cuestiones Preliminares I de la situación en la República Democrática del Congo, 5 de Julio de 2004.

⁸³⁶ *Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Decision of the Confirmation..., *loc. cit. supra* en nota 829.

⁸³⁷ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Judgment pursuant..., *loc. cit. supra* en nota 832.

⁸³⁸ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber I, 10 July 2012.

directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (b) (i) y 8 (2) (e) (i)), saqueo de una ciudad o plaza (artículo 8 (2) (b) (xvi) y 8 (2) (e) (v)), esclavitud sexual (artículo 8 (2) (b) (xxii) y 8 (2) (e) (vi)), reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años de edad para participar activamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii)), atentados contra la vida y la integridad corporal (artículo 8 (2) (c) (i))⁸³⁹. Los cargos fueron confirmados por la Sala el 30 de septiembre de 2008 junto a otro imputado, el señor Mathieu Ngudjolo Chui⁸⁴⁰. El 23 de mayo de 2014 Germain Katanga es encontrado culpable de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y sentenciado por la segunda Sala a 12 años de prisión, sin embargo dicha sentencia ha sido recurrida tanto por el Fiscal – en relación a los delitos de violación y esclavitud sexual –, como por la defensa⁸⁴¹.

c) Caso Bosco Ntaganda: El 13 de enero de 2006, el Fiscal solicitó orden de arresto contra el Ntaganda, subjefe del FPLC, por llevar a cabo reclutamiento de niños menores de 15 años para que participen activamente en las hostilidades. Los niños fueron entrenados en los campos del FPLC (Bule, Centrale, Mandro, Rwampara, Irumu, Bogoro y Sota), entre julio de 2002 y diciembre de 2003, en el conflicto armado del Distrito de Ituri. Acusación ésta que cae dentro de los citados artículos 8 (2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii), como crimen de guerra. La orden de arresto fue emitida el 22 de agosto de 2006 por la Sala de Cuestiones Preliminares I⁸⁴², y renovada por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 13 de julio de 2012, acusándolo de cometer también los siguientes crímenes por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), crímenes contra la humanidad: asesinatos de dos personas civiles en Mongbwalu y Sayo, entre el 18 y 23 de noviembre de 2002, y más de trecientas cincuenta personas civiles en Lipri, Bambu, Kobu, entre el 17 de febrero de 2003 y 2 de marzo de 2003, en violación del artículo 7 (1) (a)); violación y esclavitud sexual, en las mismas localidades y fechas señaladas, en violación del artículo 7 (1) (g)); persecución de la población no Hema, en las localidades y fechas citadas, constituyendo una violación al artículo 7 (1) (h); los nuevos crímenes de guerra como el asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)) y ataques

⁸³⁹ *Prosecutor v. Germain Katanga (Simba)* (ICC-01/04-01/07), Warrant Of Arrest for Germain Katanga, Pre-Trial Chamber I, 2 July 2007.

⁸⁴⁰ *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07), Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008.

⁸⁴¹ Detalles al respecto puede verse en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/Q-AKatangaFra.pdf>, fecha de consulta 06 de junio de 2014.

⁸⁴² *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Warrant Of arrest* (ICC-01/04-02/06), Pre-Trial Chamber I, 7 August 2006.

intencionados contra la población civil o contra personas civiles que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), saqueo de ciudad o plaza (artículo 8 (2) (e) (v)) y comisión de actos de violación y esclavitud sexual (artículo 8 (2) (e) (vi))⁸⁴³. El 22 de marzo de 2013 el acusado se entregó voluntariamente, por lo que la fecha prevista de apertura del juicio se anotó para el 10 de febrero de 2014.

d) Caso Callixte Mbarushimana: El 20 de agosto de 2010 el Fiscal solicita orden de arresto contra Mbarushimana por comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos por si solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)) en las provincias de North Kivu y South Kivu, por la Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda (FDLR), entre enero de 2009 y la misma fecha de solicitud de la orden, en violación del artículo 25 (3) (d). Los crímenes por los que se le acusa son: ataques contra la población civil como crimen de guerra (artículos 8 (2) (b) (i) o 8 (2) (e) (i)); destrucción de la propiedad como crimen de guerra (artículos 8 (2) (a) (iv) o 8 (2) (e) (xii)); asesinato como crimen de guerra (artículos 8 (2) (a) (i) o 8 (2) (c) (i)); asesinato como crimen contra la humanidad (artículo 7 (1) (a)); tortura como crimen de guerra (artículos 8 (2) (a) (ii) o 8 (2) (c) (i)); tortura como crimen la humanidad (artículo e 7 (1) (f)); violación como crimen de guerra (artículos e 8 (2) (b) (xxii) o 8 (2) (e) (vi)); violación como crimen contra la humanidad (artículo 7 (1) (g)); actos inhumanos, como crimen contra la humanidad (artículo 7 (1) (k)); tratamientos inhumanos como crimen de guerra (artículo 8 (2) (a) (ii)) y actos de persecución (artículo 7 (1) (h))⁸⁴⁴.

Mbarushimana fue arrestado el 11 de octubre de 2010 en Francia y trasladado a La Haya a la sede de la Corte donde le informaron de los cargos en su contra entre el 16 y el 21 de septiembre de 2011, pero más tarde, el 16 de diciembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I decidió no confirmárselos, poniendo en libertad al acusado el 23 de diciembre de 2011 por insuficiencia de pruebas y por falta de razonamientos que hagan constar la participación del acusado en los crímenes cometidos por la organización criminal internacional del FDLR⁸⁴⁵.

⁸⁴³ *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06), Warrant of Arrest, Pre-Trial Chamber II, 13 July 2012.

⁸⁴⁴ *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana* (ICC-01/04-01/10), Warrant of Arrest for Callixte Mbarushimana, Pre-Trial Chamber I, 28 September 2010.

⁸⁴⁵ *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana* (ICC-01/04-01/10), Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 16 December 2011.

e) Caso Sylvestre Mudacumura: El 13 de junio de 2012, el Fiscal solicitó orden de arresto contra Mudacumura, comandante supremo de las FDLR; la orden fue dada un mes más tarde, el 13 de julio de 2012. Está acusado de 9 cargos, responsable por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), siendo éstos crímenes de guerra cometidos desde el 20 de enero de 2009 hasta finales de septiembre de 2010: asesinatos, ataques contra personas civiles, torturas, tratos crueles, mutilaciones, violaciones, saqueo, destrucción de la propiedad, y atentados contra la dignidad personal. Hasta el momento no ha sido capturado⁸⁴⁶.

f)- Caso Mathieu Ngudjolo Chui: El 6 de julio de 2007, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió una orden de arresto contra Ngudjolo Chui, uno de los jefes al mando del Frente Nacional Integracionista (FNI) y de la FRPI. La misma provino de una solicitud del Fiscal de 25 de junio de 2007, acusándolo, según refleja la orden de detención, de haber cometido crímenes por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)). Estos son crímenes contra la humanidad en la modalidad de asesinato (artículo 7 (1) (a)), actos inhumanos (artículo 7 (1) (k), esclavitud sexual (artículo 7 (1) (g)) y violación (artículo 7 (1) (g)), y crímenes de guerra, entre ellos, uso de niños menores de 15 años de edad para participar activamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (b) (xxvi)), dirigir deliberadamente ataques contra la población civil y personas civiles que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (b) (i)), homicidio intencional (artículo 8 (2) (a) (i)), destrucción de la propiedad (artículo 8 (2) (b) (xiii)), saqueo (artículo 8 (2) (b) (xvi)), violación (artículo 8 (2) (b) (xxii)) y esclavitud sexual (artículo 8 (2) (b) (xxii))⁸⁴⁷.

Los cargos contra el susodicho fueron confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares I el 30 de septiembre de 2008, la cual, sin embargo, excluyó el crimen de actos inhumanos así como de ultraje a la dignidad personal (artículo 8 (2) (b) (xxi)) solicitado por el Fiscal para que se incluyera como adicional. No obstante, la Sala de Primera Instancia II descargó al acusado de todos los delitos imputados, por entender más allá de toda duda razonable la imposibilidad de demostrar por parte del Fiscal que

⁸⁴⁶ *Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura* (ICC-01/04-01/12), Warrant of arrest, Pre-Trial Chamber II, 13 July 2012.

⁸⁴⁷ *Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, (ICC-01/04-01/07), *loc. cit. supra* en nota 840.

el acusado haya dado orden de entrenar a los niños menores de 15 años de edad, o que fuesen sus guardaespaldas, pues consideró como un fenómeno generalizado la presencia de los niños dentro de los grupos combatientes durante el conflicto en Ituri, así como en el territorio de Djugu, en el momento de los hechos por los que se había acusado a Ngudjolo Chui, por lo que ordenó su inmediata puesta en libertad⁸⁴⁸.

Este criterio pareció indicar que la Corte sólo consideraba responsables a quienes identificara como autores directos de los crímenes, puesto que no quedó probado que Mathieu Ngudjolo formara parte del grupo armado que perpetró los hechos (artículo 25 (3) (a)), pero después, en el caso Germain Katanga (Simba), quien al principio fue visto como jefe supremo del grupo armado (FRPI) creyéndose por tanto que había cometido los crímenes, se llegó a una conclusión diferente, y aun así dicho individuo fue encontrado culpable por haber contribuido a la comisión de los mismos (artículo 25 (3) (d)). De esta manera la CPI comienza a emplear el sistema dualista de la acusación en la comisión de un crimen, es decir, autoría y participación.

2. Remisión por Uganda, como Estado Parte, de su situación a la CPI, de acuerdo al artículo 14 del Estatuto de Roma

El proceso penal llevado a cabo ante la CPI contra individuos ugandeses acusados de cometer crímenes de su competencia fue el primero de la institución judicial, y se fundamenta en el hecho de que desde 1986, en el norte de Uganda, se ha desarrollado un conflicto armado⁸⁴⁹ que durante dos décadas ha derivado en violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Desde el inicio del conflicto se estima que el Lord's Resistance Army (LRA) ha secuestrado a unas 75,000 personas civiles, de las que más de 22 mil niños fueron alistados o utilizados para participar activamente en las hostilidades, así como niñas para servir de esclavas sexuales; por otro lado, ha habido a gran escala mutilaciones, destrucción de la propiedad, pillaje, unos 65 mil asesinatos de personas civiles y millones de desplazados⁸⁵⁰; siendo relevantes a los fines de la competencia de la Corte los

⁸⁴⁸ *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo* (ICC-01/04-02/12), Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 18 December 2012.

⁸⁴⁹ Phillip Apuuli, Kasaija, "The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 4, 2008, pp. 801-813 (802).

⁸⁵⁰ Oola, Stephen, "The Coalition for Reconciliation in Uganda: Important Lessons for Proactive Civil Society Engagement in Catalysing Transitional Justice Discourse", documento presentado en la Conferencia titulada: African Transitional Justice Research Network Workshop "Advocating Justice: Civil Society and Transitional Justice in Africa" 30-31 August 2010, Johannesburg, South Africa, pp. 1-

cometidos a partir de la entrada en vigor el Estatuto del Roma, es decir el 1 de julio de 2002.

Uganda tiene uno de los mejores sistemas de justicia de África⁸⁵¹, el cual no ha sido dañado como consecuencia del conflicto porque las hostilidades se han desarrollado fuera de su capital (Kampala)⁸⁵², pero el Fiscal de la Corte y el gobierno ugandés han acordado que los juicios se lleven a cabo mejor en La Haya. La decisión se remonta a diciembre de 2003, siendo el 28 de mayo de 2004 cuando la solicitud fue enviada al Fiscal de la Corte de manera formal, solicitando iniciar las investigaciones sobre las personas más responsables por crímenes de su competencia. El gobierno señaló como argumento para la competencia de la Corte la magnitud y gravedad de los delitos, que la acción llevada a cabo traería más confianza a las víctimas, un mayor grado de repercusión en la reconciliación nacional y rehabilitación social, y la imposibilidad del gobierno para arrestar a los acusados debido a que la mayoría operan en el sur de Sudán, imposibilitando su apresamiento – con la observación de que Sudán no ha ratificado el Estatuto de Roma y por tanto carece de obligación para cooperar –, por lo que entiende que la Corte es el lugar más adecuado para iniciar las investigaciones y enjuiciar a los presuntos responsables⁸⁵³, fundamento suficiente para que el Fiscal haga uso del artículo 17 y asuma la jurisdicción de la Corte.

El Fiscal inició sus investigaciones en julio de 2004, y en 2005 solicitó las primeras órdenes de arresto contra miembros el Ejército de Resistencia del Señor (LRA, por sus siglas en inglés). Sin embargo, aún no ha sido posible arrestar a ninguno de los acusados,

12 (1), ver en: http://www.transitionaljustice.org.za/docs/2010workshop/4_Oola.pdf, consultado el 8 de octubre de 2013; Refugee Law Project Working Paper No. 1, “Behind The Violence: Causes, Consequences. And The Search For Solutions To The War In Northern Ugand, february 2004, ver en: <http://www.refugeelawproject.org/workingpapers/RLP.WP11.pdf>, fecha de consulta 8 de octubre de 2013; Horovitz, Sigall, “Uganda: Interaction between International and National Responses to the Mass Atrocities”, en *Domac/18*, January 2013, pp. 1-57 (9); Pham, Phuong; Vinck, Patrick and Stover, Eric, “Abducted: The Lord’s Resistance Army and Forced Conscription in Northern Uganda”, University of California, Berkeley and Payson Center for International Development, Tulane University, June 2007, pp. 1-46 (3), ver en <http://hhi.harvard.edu/sites/default/files/publications/publications%20-%20evaluation%20-%20abducted.pdf>, fecha de consulta 05 de febrero de 2015.

⁸⁵¹ Phillip Apuuli, Kasaija, “The ICC’s Possible Deferral of the LRA Case to Uganda”, *loc. cit. supra* en nota 849, p. 805; Schabas, Willian, A., “Complementarity in Practice...”, *loc. cit. supra* en nota 834, p. 18.

⁸⁵² Horovitz, Sigall, “Uganda: Interaction between International and National Responses...”, *loc. cit. supra* en nota 850, p. 17.

⁸⁵³ *Prosecutor v. Joseph Kony et al.* Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, Pre-Trial Chamber II (ICC-02/04-01/05), 10 March 2009, par. 37; Schabas, Willian, A., “Complementarity in Practice...”, *loc. cit. supra* en nota 834 p. 6.

por lo que se ha creído que la complementariedad de la Corte se inscribe más bien en la falta de voluntad política del gobierno de perseguir y encausar a los principales líderes del LRA⁸⁵⁴, o bien, su renuencia a llevar a cabo una investigación, lo cual es contrario a llevar los acusados ante la justicia como obligación primera de cada Estado según proclama el Estatuto de Roma en su artículo 17 (2) (a) (c))⁸⁵⁵.

Pero, por otro lado, la remisión de la situación a la Corte podría haberse considerado una decisión acertada, en el sentido de que ello podría contribuir, por un lado, a mitigar el conflicto armado que no han podido contrarrestar muchos acuerdos de paz fallidos⁸⁵⁶, inclusive los realizados después que la Corte iniciara las investigaciones y emitiera las primeras órdenes de arresto, así como la antigua Ley de Amnistía de 21 de enero del año 2000 que confería perdón a cualquier rebelde ugandés que haya participado o esté participando en el conflicto y que entregase las armas, siempre y cuando haya sido apobado por el Ministerio Público de Uganda, valga decir a los miembros del LRA u otros grupos armados⁸⁵⁷; tras lo cual se había amnistiado a 26.288 rebeldes combatientes de diferentes grupos armados – casi la mitad correspondiente al LRA - hasta mayo de 2012, fecha de la retirada de la citada Ley⁸⁵⁸.

Pese a dichos acuerdos, la Corte ha señalado que las investigaciones continuarán, y que los mismos tampoco cambiarán la percepción de inacción que se tiene del Estado para juzgar a los principales responsables de los crímenes más graves⁸⁵⁹. La noticia fue recibida con escepticismo por parte de varias ONGs internacionales de protección de los derechos humanos que prestaban servicios a las víctimas del conflicto en el norte de Uganda, como la Comisión de Amnistía, las cuales expresaron su preocupación por el

⁸⁵⁴ Schabas, Willian, A., “Complementarity in Practice...”, *loc. cit. supra* en nota 834, p. 13.

⁸⁵⁵ Fairlie, Megan A., “The United States and the International Criminal Court Post-Bush...”, *loc. cit. supra* en nota 819, p. 567.

⁸⁵⁶ De los últimos acuerdos destacan: Acuerdo de Cese de las Hostilidades de 26 de agosto de 2006 (Agenda Item No. 1), Acuerdo Integral de Soluciones de 2 de mayo de 2007 (Agenda Item No. 2), Acuerdo de Responsabilidad y Reconciliación de 29 de junio de 2007 (Agenda Item No. 3), Acuerdo de Alto el Fuego Permanente de 23 de febrero de 2008 (Agenda Item No. 4), Acuerdo de Desarme, Desmovilización y Reintegración de las Fuerzas del LRA de 29 de febrero de 2008 (Agenda Item No. 5). Ver Horovitz, Sigall, “Uganda: Interaction between International and National Responses...”, *loc. cit. supra* en nota 850, p. 10.

⁸⁵⁷ Vid. El Acta en: <http://www.ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/294>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2013.

⁸⁵⁸ Agger, Kasper, “The End of Amnesty in Uganda: Implications for LRA Defections”, en The Enough Project, August 2012, pp. 1-8 (1). Vid. <http://www.enoughproject.org/files/GuluDispatch.pdf>, fecha de consulta 09 de septiembre de 2013.

⁸⁵⁹ *Prosecutor vs Joseph Kony et al* (ICC-02/04-01/05-377), Decision on the Admissibility..., *loc. cit. supra* en nota 853.

enunciado, por entender que el conocimiento de la situación podría obstaculizar los procesos de paz en curso⁸⁶⁰; pero ello contrasta con lo señalado, es decir que, desde el anuncio de la decisión de la Corte de investigar los hechos, un flujo mayor de personas combatientes de los grupos armados se han acogido a la Ley de Amnistía, porque se han visto intimidados⁸⁶¹, debilitando por tanto la capacidad de respuesta del LRA durante el conflicto, y llevándolo casi a la extinción.

En cierto sentido, la participación de la Corte en la búsqueda de los acusados y presuntos culpables podría degenerar en un recrudecimiento de las hostilidades entre los contendientes o una legitimación para la lucha⁸⁶², sobre todo porque los grupos armados no estatales verán su ascenso al poder como la única salida para evitar un proceso penal, esto aunque tal pretensión se considere una utopía, de ahí que se propugne que la Corte se abstenga de intervenir durante un conflicto en marcha⁸⁶³. Pero el conflicto armado en Uganda lleva más de dos décadas y todavía continúa sin que se haya llegado a una paz duradera, con la característica de que al día de hoy se siguen cometiendo violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos⁸⁶⁴, razón por la cual era necesario que el gobierno de Uganda remitiera la situación a la CPI si consideraba que tal decisión traería la paz a la región que no se había logrado con la amnistía, además de la tentación existente de que los insurgentes amnistiados volviesen a tomar las armas. Están los ejemplos del TPIY y TPIR que se establecieron mientras las hostilidades continuaban, y algo similar pasó con el TESL que si bien no significó el fin de los enfrentamientos, constituyó un freno revés tácito a evitar la impunidad por los horrendos crímenes cometidos.

⁸⁶⁰Vid. Reporte independiente preparado por Tim Allen en febrero de 2005, titulado: “War and Justice in Northern Uganda: An Assessment to the International Criminal Court’s Intervention”, pp. 1-93, ver en: <http://r4d.dfid.gov.uk/PDF/Outputs/CrisisStates/AllenICCReport.pdf>, pp. 1-93 (3), fecha de consulta 10 de septiembre de 2013; Grono, Nick and O’Brien, Adam, “Justice in Conflict” The ICC and Peace Processes”, March 2008, pp. 1-8 (15), ver en <http://www.crisisgroup.org/en/publication-type/commentary/grono-o-brien-justice-in-conflict-the-icc-and-peace-processes.aspx>, fecha de consulta 10 de septiembre de 2013.

⁸⁶¹ Ozaki, Hanayo, “Amnesty Act V.S. ICC: Are Traditional Mechanisms Alternatives to Reconciliation”, *European University Center for Peace Studies*, June 2006, pp. 1-51 (23). Vid. en <http://epu.ac.at/fileadmin/downloads/research/Ozaki.pdf>, fecha de consulta 11 de septiembre de 2013.

⁸⁶² Nouwen, Sarah M. H., and G. Werner, Wouter, “Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan”, en *EJIL*, vol. 21, n. 4, pp. 941-965 (946).

⁸⁶³ Branch, Adam, “Uganda’s Civil War and the Politics of ICC Intervention”, en *Ethics & International Affairs*, vol. 21, n. 2, 2007, pp. 179-198 (195).

⁸⁶⁴ Nouwen, Sarah M. H., and G. Werner, Wouter, “Doing Justice to the Political...”, *loc. cit. supra* en nota 862, p. 947.

Por consiguiente, se tiene precedentes de ambas circunstancias en que el proceso de paz abierto mediante negociaciones, amnistía y mecanismo de reconciliación de la verdad han podido poner fin a determinados conflictos armados, como lo acaecido en Liberia con el presidente Charles Taylor y el proceso de paz negociado para que abandone el poder, y mucho más anterior los líderes de la política del apartheid en Sudáfrica, quienes recibieron amnistía mediante la implementación del proceso de reconciliación nacional para terminar con el conflicto armado, así como la situación de Mozambique, cuyo parlamento aprobó el Acuerdo General de Paz suscrito en octubre de 1992, en Roma, y que preveía amnistía tendiente a acabar con la guerra civil de más de quince años de duración⁸⁶⁵. *A contrario sensu*, los acuerdos de amnistías celebrados por el presidente de Sierra Leona Foday Sankoh con los rebeldes opositores (Acuerdo de Adbiján, marzo de 1996, y Acuerdo de Lomé, julio de 1999), y el acuerdo entre el presidente José Eduardo Dos Santos de Angola y los insurgentes liderados por Jonas Savimbi, firmado en noviembre de 1994, en Zambia (Acuerdos de Lusaka), nunca derivaron en poner fin al conflicto armado, sino que las hostilidades continuaron⁸⁶⁶.

Respecto al tema que nos ocupa, Sudán se comprometió en 2005 en un memorandum de entendimiento a cooperar con la Corte respecto a las detenciones contra los líderes del LRA⁸⁶⁷, provocando que el LRA se trasladara del sur de Sudán, lugar de su asentamiento, a la frontera con la RDC, entre otras causas, por un lado, porque Sudán cedió la gobernación de esa zona al Ejército/Movimiento de Liberación del Pueblo de Sudán (SPLM/A, por sus siglas en inglés) por medio de un acuerdo con ese grupo, y por otro lado, en otro acuerdo entre Sudán y Uganda, éste último pudo lanzar una la Operation Iron Fist (OIF), para combatir al LRA⁸⁶⁸; y también influyó para que el LRA retomara la negociación del proceso de paz con un acuerdo celebrado en junio de 2006, sobre el cese de las hostilidades, y el Acuerdo sobre Responsabilidad y Reconciliación, de 29 de junio de 2007, por el que Uganda ejercerá su jurisdicción sobre las personas que tienen responsabilidad por los delitos más graves, así como la imposición de penas alternativas que no especifica⁸⁶⁹; otros cuatro acuerdos en febrero de 2008, éstos últimos

⁸⁶⁵ Grono, Nick and O'Brien, Adam, "Justice in Conflict...", *loc. cit. supra* en nota 860, p. 18.

⁸⁶⁶ *Ídem*.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁶⁸ Phillip Apuuli, Kasaija, "The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda", *loc. cit. supra* en nota 849, p. 802.

⁸⁶⁹ Vid. Agreement on Accountability and Reconciliation between the Government of Uganda (The Government) and the Lord's Resistance Army/Movement, 29 June 2007, Juba, South Sudan. Ver en:

sin que llegaran a firmarse por la negativa del dirigente del LRA (Joseph Kony) de presentarse, por lo que las hostilidades resurgieron de nuevo en ese año⁸⁷⁰.

Hasta el momento, Uganda ha intentado procesar sin éxito a uno de los líderes del LRA, cuarto en mando, no acusado por la CPI, el coronel Thomas Kwoyelo, es así porque el Tribunal Constitucional ugandés dictaminó que él se había acogido a la Ley de Amnistía cumpliendo con sus requisitos, por lo que aún sigue detenido, mientras la decisión está siendo recurrida ante el Tribunal Supremo, quien por falta de *quorum* ha retardado el caso⁸⁷¹.

En ese mismo orden, se ha habilitado una Sala Especial en éste Tribunal para procesar a las personas responsables de crímenes de guerra, como consecuencia del Acuerdo de 2007. A esta iniciativa se sumó la aprobación de la Ley de la Corte Penal Internacional de 10 de marzo de 2010 que permite la aplicación del Estatuto de Roma. En general son fórmulas y mecanismos para contribuir a juzgar a las personas acusadas de crímenes internacionales de menos responsabilidad⁸⁷², mientras tanto la CPI se encuentra conociendo los siguientes casos más graves:

a) Caso Joseph Kony: El señor Kony fue el fundador y comandante en jefe del LRA, y desde 1 de julio de 2002 hasta 2004 ha cometido, ordenado e inducido a la comisión de varios crímenes de la competencia de la Corte en Uganda. Según la orden de arresto solicitada por el Fiscal el 6 de mayo de 2005, y otorgada por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 27 de septiembre de 2005, está acusado de 33 cargos por crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)); entre los que destacan los crímenes contra la humanidad: esclavitud sexual (artículo 7 (1) (g)),

http://www.amicc.org/docs/Agreement_on_Accountability_and_Reconciliation.pdf, fecha de consulta 9 de septiembre de 2013.

⁸⁷⁰ Horowitz, Sigall, “Uganda: Interaction between International and National Responses...”, *loc. cit. supra* en nota 850, p. 10.

⁸⁷¹ Vid. Acholi Times, “Col Kwoyelo Asks African Court To Intervene In His Case Over Illegal Detention”, 22 October 2012, ver en: <http://www.acholitimes.com/index.php/land-issues/8-acholi-news/947-col-kwoyelo-asks-african-court-to-intervene-in-his-case-over-illegal-detention>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2013.

⁸⁷² Marieke Wierda, Michael Otim, “Uganda: Impact of the Rome Statute and the International Criminal Court”, en *International Center for Transitional Justice / The Rome Statute Review Conference*, June 2010, pp. 1-8 (3), ver en: <http://ictj.org/Uganda-Impact-ICC-2010>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2013; Tenove, Chris, “Uganda and the International criminal Court: Debates and Developments”, en: Africa portal Backgrounder, n. 60, July 2013, pp. 1-11 (5), ver en <http://www.africaportal.org/article/s/2013/07/18/uganda-and-international-criminal-court-debates-and-developments>, fecha de consulta 10 de septiembre de 2013.

violación (artículo 7 (1) (g)), inducción a la violación (artículo 8 (2) (e) (vi)), 4 cargos de esclavitud (artículo 7 (1) (c)), 4 cargos por asesinato (artículo 7 (1) (a)), 2 cargos por actos inhumanos (artículo 7 (1) (k)); y de los crímenes de guerra: 6 cargos sobre ataques contra la población civil y personas civiles que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), 2 cargos por alistamiento de niños menores de 15 años de edad (artículo 8 (2) (e) (vii)), 3 cargos por tratos crueles (artículo 8 (2) (c) (i)), 5 cargos por saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)), y 4 cargos por asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)). A la fecha aún se encuentra en libertad⁸⁷³.

b) Caso Vincent Otti: Se cree que ha sido el segundo en mando del LRA. Fue acusado de 32 cargos por el Fiscal el 6 de mayo de 2005, mientras solicitaba una orden de detención. La orden de arresto fue otorgada al mes siguiente, el 8 de julio de 2005, con los siguientes cargos por crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), en el período de 1 de julio de 2002 a 2004, crímenes contra la humanidad: esclavitud sexual (artículo 7 (1) (g)), 4 cargos sobre esclavitud (artículo 7 (1) (c)), 4 cargos sobre asesinato (artículo 7 (1) (a)) 2 cargos sobre actos inhumanos (artículo 7 (1) (k)); y crímenes de guerra: inducción a la violación (artículo 8 (2) (e) (vi)), 6 cargos sobre ataques contra la población civil y personas que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), 2 cargos sobre alistamiento de niños menores de 15 años de edad (artículo 8 (2) (e) (vii)), 3 cargos sobre tratos crueles (artículo 8 (2) (c) (i)), 4 cargos sobre saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)), 5 cargos sobre asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)). Actualmente se encuentra en libertad⁸⁷⁴.

c) Caso Okot Pdhiambo: Líder de alto rango en el LRA, acusado por el Fiscal el 6 de mayo de 2005, y emitida una orden de arresto el 8 de julio de 2005 por la Sala de Cuestiones Preliminares II. Los diez cargos levantados en su contra son por crímenes cometidos en Uganda después de julio de 2002, por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), crímenes contra la humanidad: 2 cargos por asesinato (artículo 7 (1) (a)), esclavitud (artículo 7 (1) (c)); y crímenes de guerra: asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)), alistamiento de niños menores de 15 años de edad (artículo 8 (2) (e) (vii)), 2 cargos por ataques contra la población civil y personas que no participan directamente en

⁸⁷³ *Prosecutor v. Joseph Kony* (ICC-02/04-01/05), Warrant of Arrest for Joseph Kony, Trial Chamber II, 27 September 2005.

⁸⁷⁴ *Prosecutor v. Vincet Otti* (ICC-02/04-01/05-54), Warrant of Arrest for Vincent Otti, Trial Chamber II, 8 July 2005.

las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), 2 cargos por saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)), asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)). Actualmente se encuentra en libertad⁸⁷⁵.

d) Caso Dominic Ongwen: Comandante del LRA, el fiscal solicitó orden de arresto , y fue concedida el 8 de julio de 2005, con los siguientes cargos en su contra por crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), después de la primavera de julio de 2002 en Uganda; son crímenes de lesa humanidad: asesinato (artículo 7 (1) (a)), esclavitud (artículo 7 (1) (c)), actos inhumanos (artículo 7 (1) (k)); y crímenes de guerra (artículo 8 (2) (c) (i)), tratos crueles (artículo 8 (2) (c) (i)), ataques contra la población civil y personas civiles que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)). Actualmente se encuentra en libertad⁸⁷⁶.

e) Caso Raska Lukwiya: Oficial de alto rango del LRA, acusado por el Fiscal el 6 de mayo de 2005, al tiempo de solicitar orden de arresto, cual fue concedida por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 8 de julio de 2005. Los cargos en su contra por crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), desde el 1 de julio de 2002 en Uganda fueron, crímenes contra la humanidad: esclavitud (artículo 7 (1) (c)), y crímenes de guerra: tratos crueles (artículo 8 (2) (c) (i)), ataques contra la población civil y personas que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)). Fallecido el 12 de agosto de 2006⁸⁷⁷.

3. Remisión por la República Centroafricana, como Estado Parte, de su situación a la CPI, de acuerdo al artículo 14 del Estatuto de Roma

La situación de la República Centroafricana es un tanto especial, porque desde el comienzo de la investigación el Fiscal contó con razones suficientes para sostener que el Estado era incapaz para someter ante la justicia a los presuntos responsables de cometer violaciones graves al derecho internacional humanitario y los derechos humanos durante el conflicto iniciado en julio de 2002. En suma, fue el mismo Estado el que mediante resolución judicial de la Corte de Casación determinó que adolece de las herramientas

⁸⁷⁵ *Prosecutor v. Okot Odhiambo* (ICC-02/04-01/05-56), Warrant of Arrest for Okot Odhiamboi, Trial Chamber II, 8 July 2005.

⁸⁷⁶ *Prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/05-57), Warrant of Arrest for Dominic Ongwen, Trial Chamber II, 8 July 2005.

⁸⁷⁷ *Prosecutor v. Raska Lukwiya II* (ICC-02/04-01/05-55), Warrant of Arrest for Raska Lukwiya, Trial Chamber, 8 July 2005.

necesarias para iniciar las investigaciones de rigor, traducándose en los términos del Estatuto de Roma en que como enuncia el artículo 17 (3), hay un colapso sustancial de la administración nacional de justicia u otras causas, cuales podrian ser que a pesar del inicio de algunas acusaciones contra sospechosos no se ha podido obtener la comparecencia de los acusados, ni reunir pruebas de los delitos⁸⁷⁸.

La remisión al Fiscal se produjo el 22 de diciembre de 2004, acompañada de pruebas que indican la comisión de actos de violaciones sexuales a gran escala contra la población civil, concretamente contra mujeres jóvenes, de avanzada edad y niños, además de asesinatos y saqueos, principalmente en la capital Bagui, así como en el norte del país (Birao y Paoua). Dichos crímenes se han producido durante los episodios de violencia que dieron inicio a un conflicto armado entre octubre de 2002 y noviembre de 2003, permaneciendo hasta nuestros días; el Fiscal contó además con pruebas aportadas por cientos de víctimas y varias organizaciones no gubernamentales e internacionales⁸⁷⁹.

Por otro lado, la situación humanitaria en la República Centroafricana, sobre todo en la parte septentrional, se sigue deteriorando, violándose constantemente el derecho internacional humanitario y los derechos humanos tanto por el gobierno como por excombatientes del grupo armado Séléka (supuestamente disuelto); según los dos últimos informe del Secretario General de fecha 3 de mayo y 15 de noviembre de 2013, se siguen cometiendo a gran escala violaciones sexuales, arrestos y detenciones arbitrarias, actos de torturas, asesinatos colectivos, saqueos y la utilización de niños como soldados, al tiempo que la impunidad generalizada de esos crímenes continúa en todo el país⁸⁸⁰.

El caso único de relevancia fue el de Jean-Pierre Bemba Gombo. El Fiscal de la Corte Penal Internacional solicitó orden de detención el 9 de mayo de 2008 contra Bemba Gombo, por haber cometido crímenes de la competencia de la Corte mientras era líder del Movimiento para Liberación del Congo (MLC), entre el 25 de octubre de 2002 y el

⁸⁷⁸ Vid. Apertura de investigación en la República Centroafricana, doc. ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN, de fecha 22 de mayo de 2007, en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/B64950CF-8370-4438-AD7C-0905079D747A/144037/ICCOTPNB20070522220_A_EN.pdf, fecha de consulta 16 de diciembre de 2013.

⁸⁷⁹ *Ídem*.

⁸⁸⁰ Ver informes del Secretario General S/2013/677, de 15 de noviembre de 2013, pars. 52-54, y S/2013/261, de 3 de mayo de 2013, pars. 22-24.

15 de marzo de 2003. Entre los cargos en su contra por crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)) figuran crímenes de lesa humanidad: violación (artículo 7 (1) (g)), tortura (artículo 7 (1) (f)); y crímenes de guerra: violación (artículo 8 (2) (e) (vi)), tortura (artículo 8 (2) (c) (i)), ultraje a la dignidad de la persona, sobre todo tratos humillantes y degradantes (artículo 8 (2) (c) (ii)), saqueo, (artículo 8 (2) (e) (v))⁸⁸¹. Dicha orden fue sustituida por otra de 10 de junio de 2008, agregando el asesinato para ambas categorías de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra (artículo 7 (1) (a) y artículo 8 (2) (c) (i), respectivamente)⁸⁸². Fue detenido por las autoridades belgas el 24 de mayo y más tarde llevado a las oficinas de la Corte en La Haya. La decisión sobre la confirmación de los cargos ocurrió el 15 de junio de 2009. El juicio comenzó el 22 de noviembre de 2010.

Actualmente se han librado órdenes de detención, el 27 y 28 de noviembre de 2013, contra varios acusados por delitos contra la administración de justicia, por la presentación a sabiendas de pruebas falsas y falsificadas, y corromper testigos. Los acusados son: Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu, Narcisse Arido.

4. Remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI de la situación en Darfur (Sudán), actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta

Los casos que actualmente se están conociendo en la CPI sobre la situación en Darfur (Sudán) obedecen a la *praxis* reiterada del Consejo de Seguridad en las últimas décadas en procurar que los culpables de violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos sean enjuiciados por la comisión de esas violaciones. Así lo puso de manifiesto en la Resolución S/RES/1556, de 30 de julio de 2004, instando al gobierno de Sudán a aprehender y procesar a los líderes de la milicia Janjaweed y de sus grupos afiliados, responsabilizándolos de ataques indiscriminados contra la población civil, violaciones y desplazamientos forzados.

En la posterior Resolución S/RES/1564, de 18 de septiembre de 2004, el Consejo reitera su llamado al gobierno de Sudán al tiempo que le solicita elaborar una lista de los

⁸⁸¹ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber II, 23 May 2008.

⁸⁸² *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08-15), Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber II, 10 June 2008.

líderes milicianos Janjaweed detenidos por violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos, incluyendo a quienes hayan despedido las armas a los fines de verificar el cumplimiento de la citada Resolución S/RES/1556, de 30 de julio de 2004 y el Acuerdo de cesación del fuego de Nyamena (N'Djamena, capital del Chad)⁸⁸³, de 18 de abril de 2004. El Consejo, además, pide al Secretario General de la ONU designar una Comisión de Expertos para investigar las transgresiones graves del derecho internacional humanitario y los derechos humanos así como la posible perpetración de genocidio, e identifique a sus autores para que rindan cuentas.

Como se puede observar, en cuanto a las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el Consejo muestra una vez más, como en otros tantos ejemplos señalados en esta investigación, su preocupación por que los autores de esos hechos no queden impunes, y adopta medidas tendientes a encausarlos.

La Comisión de Expertos creada al efecto rindió su informe el 25 de enero de 2005, el cual se encuentra recogido en el documento S/2005/60, de 7 de febrero de 2005. En él, la Comisión da cuenta de destrucción a gran escala de aldeas en los tres territorios que conforman Darfur (Darfur Septentrional, Meridional y Occidental); 1.650.000 personas desplazadas aproximadamente, así como ataques indiscriminados contra la población civil, tortura, desapariciones forzadas de personas, violaciones y otras formas de violencia sexual, saqueos y desplazamientos forzosos, cometidos de manera sistemática y generalizada desde que se intensificó el conflicto a principios del 2003, cuyas víctimas mayormente corresponden a las tribus zaghawa, masalit, jebel, aranga y otras de nombre “africanas”; hechos continuados inclusive al tiempo de la Comisión realizar las investigaciones de rigor, incluyendo el asesinato de personas civiles, perpetrados de manera deliberada por las fuerzas del gobierno y los milicianos del *Justice and Equity*

⁸⁸³ El acuerdo fue auspiciado por Idriss Deby, Presidente de la República del Chad, por el asistente del Presidente de la Comisión de la Unión Africana, entre otros observadores y facilitadores; las Partes del Acuerdo fueron el gobierno de la República de Sudán, el grupo armado Ejército de Liberación de Sudán (por sus siglas en inglés SLA) y el Movimiento Justicia e Igualdad (por sus siglas en inglés JEM). Los aspectos más relevantes fueron el compromiso a un cese inmediato del fuego a partir de las 72 horas de la firma del Acuerdo, en vigor por 45 días, y renovable automáticamente; establecimiento de una comisión mixta de verificación de cesación del fuego; liberar a todos los prisioneros de guerra que las Partes tengan en su poder; negociar en un período de dos semanas con los representantes de las partes, los problemas que atañen en Darfur, especialmente el aspecto económico, permitir el acceso de la prestación de asistencia humanitaria y el compromiso del gobierno de neutralizar a las milicias, entre otras cuestiones. Véase más detalles en: Humanitarian Cease Fire Agreement on the Conflict in Darfur, en: http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/sudan_ceasefire_0408_2004.pdf, fecha de consulta 01 de septiembre de 2013.

Movement (JEM) y *Sudan Liberation Army* (SLA-SLM/A), sin que pueda comprobarse una campaña sistemática o generalizada de los hechos⁸⁸⁴, y, por otro lado, la milicia Janjaweed, mayormente actuando bajo el control del gobierno⁸⁸⁵.

El informe también señala la falta de medidas del gobierno para enjuiciar a los responsables desde el recrudecimiento del conflicto en 2003, así como las precarias condiciones del aparato judicial para encarar los procesos penales venideros contra los responsables de las violaciones citadas⁸⁸⁶. Respecto a la perpetración de actos de genocidio, la Comisión opinó que no hubo intención del gobierno de cometer genocidio⁸⁸⁷, aunque reconoce que algunas prácticas de funcionarios individualmente podrían haber tenido tal intención⁸⁸⁸. En cuanto a los nombres de los responsables, la Comisión encomienda que el Secretario General entregue la lista a un Fiscal competente, en especial al de la CPI⁸⁸⁹, e insta al Consejo de Seguridad a que remita la situación de Darfur a la CPI con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 párrafo b del Estatuto de Roma, en cuanto a que el sistema judicial de Sudán rehúsa investigar y tampoco puede hacerlo para enjuiciar a los autores de los crímenes, terminado diciendo que muchos de los cuales fueron cometidos de manera sistemática y generalizada⁸⁹⁰.

Una vez conocido el informe por parte del Consejo de Seguridad, éste adopta la Resolución S/RES/2005, de 31 de marzo, y, con arreglo al Capítulo VII de la Carta, remite la situación de Darfur a la CPI para que inicie sus investigaciones a partir de 1 de julio de 2002, fecha presumible del inicio del conflicto armado interno, y que en el caso de funcionarios o ex funcionarios acusados de algún hecho de la competencia de la CPI, por omisión u acción, pertenecientes a Estados que envían que no sean el de Sudán o de una Parte en el Estatuto de Roma, sean procesados por la jurisdicción exclusiva de esos Estados que contribuyen a las operaciones de paz. Desde entonces, en aplicación de la citada Resolución, la CPI se encuentra conociendo los siguientes casos, en virtud del artículo 25 (3) (a):

⁸⁸⁴ Informe del Secretario General S/2005/60, de 7 de febrero, pars. 185-187, 229, 233 y ss.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, pars. 103-116.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, pars. 428 y 431.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, par. 518.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, par. 520.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, par. 525.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, par. 647.

a) Caso Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun): El antiguo Ministro del Interior y actual Ministro de Estado para Asuntos Humanitarios de Sudán fue acusado por el Fiscal de la Corte Penal Internacional por la comisión de graves crímenes internacionales entre agosto de 2003 y marzo de 2004, en las localidades de Fur (Koodoom), Zaghawa, Masalit, Bindisi, Mukjar y Arawala, en tanto que responsable por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)); en tal sentido le fueron levantados 42 cargos el 27 de febrero de 2007. En la acusación el Fiscal solicitó orden de arresto, que fue concedida el 27 de abril de 2007 por la Sala de Cuestiones Preliminares I. Los crímenes imputados son crímenes de lesa humanidad: persecución de habitantes - por actos de asesinatos, ataques a la población civil, destrucción de la propiedad y traslado forzoso – (artículo 7 (1) (h)), 7 cargos por asesinato (artículo 7 (1) (a)), 3 cargos por traslado forzoso (artículo 7 (1) (d)), 2 cargos por persecución (artículo 7 (1) (h)), 2 cargos por violación (artículo 7 (1) (g)), 2 cargos por actos inhumanos (artículo 7 (1) (k), privación grave de libertad (artículo 7 (1) (e)), tortura (artículo 7 (1) (f)); y crímenes de guerra: 8 cargos por asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)), 4 cargos por ataques contra la población civil y personas que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), 4 cargos por destrucción de la propiedad (artículo 8 (2) (e) (xii)), 2 cargos por violación (artículo 8 (2) (e) (vi)), 4 cargos por saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)), ultraje a la dignidad personal (artículo 8 (2) (c) (ii))⁸⁹¹. Actualmente se encuentra en libertad.

b) Caso Ali Abd-Al-Rahman (Ali Kushayb): El 27 de febrero de 2007, el Fiscal solicitó también orden de arresto contra Ali Kushayb, líder de los janjaweed, siendo concedida del mismo modo el 27 de abril de 2007 por la Sala de Cuestiones Preliminares I. Está acusado de 50 cargos por comisión de crímenes internacionales de la competencia de la Corte, cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), en las localidades de Koodoom, Bindisi, Mukjar, Arawala y zonas circundantes, así como ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil de Fur, Zaghawa y Masalit, entre agosto de 2003 y marzo de 2004. Ellos son, crímenes de lesa humanidad: 4 cargos por persecución de habitantes – sobre la base de comisión de asesinatos, ataques contra la población civil, destrucción de bienes y traslado forzoso (artículo 7 (1) (h)), 9 cargos por asesinato, 3 cargos por traslado forzoso (artículo 7 (1)

⁸⁹¹ *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) y Ali Abd-Al-Rahman (Ali Kushayb)* (ICC-02/05-01/07), Warrant of Arrest for Ahmad Harun, Pre-Trial Chamber I, 27 April 2007.

(d)), 2 cargos por violación (artículo 7 (1) (g)), 2 cargos por actos inhumanos (artículo 7 (1) (k)), privación grave de libertad (artículo 7 (1) (e)), tortura (artículo 7 (1) (f)); y crímenes de guerra: 9 cargos por asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)), 8 cargos por ataques contra la población civil y personas civiles que no participan directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), 4 cargos por destrucción de la propiedad (artículo 8 (2) (e) (xii)), 2 cargos por violación (artículo 8 (2) (e) (vi)), 3 cargos por saqueo (artículo 8 (2) (2) (e) (v)), 2 cargos por ultraje a la dignidad personal (artículo 8 (2) (c) (ii))⁸⁹². En la actualidad se encuentra en libertad.

c) Caso Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Omar Al Bashir es actualmente presidente de la República de Sudán, desde 1993. Fue acusado por el Fiscal el 14 de julio de 2008 mediante una solicitud de orden de arresto, dictada esta el 4 de marzo de 2009 por la Sala de Cuestiones Preliminares I. La acusación destaca que el presidente Omar Al Bashir es responsable indirecto por los crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)) en toda la región de Darfur, durante la campaña de contrainsurgencia llevada a cabo por las fuerzas del gobierno de Sudán, las Fuerzas Armadas Sudanesas, la Fuerza de Policía Sudanesa, el Servicio Nacional de Inteligencia y Seguridad, la Comisión de Ayuda Humanitaria y la milicia de los janjaweed, desde abril de 2003 hasta la acusación el 14 de julio de 2008. Los cargos imputados cometidos contra la población civil de los grupos Fur, Masalit y Zaghawa, visto por el gobierno como cercanos a los insurrectos SLA y JEM, son, crímenes de lesa humanidad: asesinato (artículo 7 (1) (a)), exterminio (artículo 7 (1) (b)), traslado forzoso de la población (artículo 7 (1) (d)), tortura (artículo 7 (1) (f)), violación (artículo 7 (1) (g)), y crímenes de guerra: ataques contra la población civil y personas que no participen directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), y saqueo (artículo 8 (2) (e) (v))⁸⁹³.

Cabe destacar que el Fiscal había solicitado la inclusión del genocidio como cargo de acusación, pero la Sala lo rechazó por error de criterio probatorio, y no quedando conforme el Fiscal, decidió apelar. Entonces, la Sala de Apelaciones revocó la orden de arresto el 3 de febrero de 2010 y remitió nuevamente a la de Cuestiones Preliminares el

⁸⁹² *Ídem.*

⁸⁹³ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Omar Al Bashir)* (ICC-02/05-01/09), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber, 4 March 2009.

caso para que ponderara el criterio probatorio correcto. La segunda orden de arresto emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares sí consideró el genocidio como uno de los crímenes cometidos durante la campaña de contrainsurgencia realizada por las fuerzas del gobierno citadas y la milicia janjaweed, siendo el presidente Omar Al Bashir responsable en calidad de autor o coautor indirecto⁸⁹⁴. Los elementos constitutivos de genocidio por el que se le acusó son: matanza de miembros del grupo (artículo 6 (a)), lesión grave a la integridad física o mental (artículo 6 (b)) y sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física, total o parcial (artículo 6 (c)), todos ellos cometidos contra las poblaciones étnicas de Fur, Masalit y Zaghawa. Omar Al Bashir al día de hoy se encuentra en libertad.

d) Caso Bahar Idriss Abu Garda: Abu Garda es el actual Presidente y Coordinador General de las Operaciones Militares de Resistencia del Frente Unido. El 20 de noviembre de 2008, el Fiscal solicitó a la Corte que emita orden de arresto, o que dicte orden de comparecencia por los supuestos ataques armados ocurridos el 29 de septiembre de 2007, en las localidades de Umm Kadada, al norte de Darfur, contra los vehículos del Grupo Militar Haskanita de la Operación para el Mantenimiento de la Paz de la Unión Africana, mientras se encontraban estacionados cargados de equipos militares, ordenadores, refrigeradores, botas y uniformes militares, municiones, combustibles y dinero. En 23 de febrero el Fiscal modificó la solicitud, requiriendo que la Corte solo se pronuncie sobre la comparecencia. La comparecencia fue ordenada el 7 de mayo de 2009, y el 18 de mayo de 2009 Abu Garda se presentó voluntariamente. El Fiscal quiso levatar cargos con él en las audiencias celebradas entre 19 y 29 de octubre. Sin embargo, el caso en cuestión ha sido infructuoso, pues el 8 de febrero de 2010 la Sala de Cuestiones Preliminares I rechazó ponderar los argumentos por falta de pruebas, no obstante creer razonablemente, como lo plantea el Fiscal, que existen motivos para sostener su culpabilidad por conducto del artículo 25 (3) (a), en esencia, por la comisión de los siguientes crímenes, crímenes de guerra: asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)), dirigir ataques contra el personal de las operaciones para el mantenimiento de la paz, así como las instalaciones, material, unidades y vehículos de ésta (artículo 8 (2) (e) (iii) y saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)). El Fiscal apeló la decisión de la Sala de Cuestiones

⁸⁹⁴ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Omar Al Bashir)* (ICC-02/05-01/09), Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, 12 July 2010.

Preliminares, ante la misma Sala, pero el 23 de abril también le fue denegada la solicitud por las mismas causas de falta de pruebas⁸⁹⁵.

e) Caso Abdallah Banda Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus: El primero es comandante en jefe del JEM, y miembro del Frente de Resistencia Unida, el segundo fue jefe del Estado Mayor del SLA, y en la actualidad forma parte del JEM. Para ambos, el Fiscal solicitó orden de comparecencia el 27 de agosto de 2009, y otorgada el 15 de junio de 2010. La aparición voluntaria de los dos presuntos criminales se produjo el 17 de junio de 2010. La audiencia de confirmación de los cargos se celebró el 8 de diciembre de 2010, y la confirmación el 7 de marzo de 2011. La apertura del juicio estaba prevista para el pasado 5 de mayo de 2014. Los cargos confirmados y presentados contra ambos supuestos criminales el 8 de diciembre de 2010 son, crímenes de guerra: atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura (artículo 8 (2) (c) (i)), dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional (artículo 8 (2) (e) (iii)), y saqueo (artículo 8 (2) (e) (v))⁸⁹⁶. La fecha para la apertura del juicio estaba pautada para el 5 de mayo de 2014. Para el caso contra Saleh Mohammed Jerbo Jamus, el 4 de octubre de 2013, la Sala de Cuestiones Preliminares IV retiró la acusación, debido a su fallecimiento el 19 de abril de 2013⁸⁹⁷.

f) Caso Abdel Raheem Muhammad Hussein: Muhammad Hussein había sido antiguo representante del Ministro del Interior de Sudán, y su cargo actual es de Ministro de Defensa Nacional. El 1 de marzo de 2002 la Corte emitió una orden de arresto contra el acusado. Los cargos en su contra cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), en las localidades de Koodom, Bindisi, Mukjar, Arawala y sus alrededores, entre 2003 y 2004, son crímenes de lesa humanidad: persecución (artículo 7 (1) (h)), asesinato (artículo 7 (1) (a)), traslado forzoso (artículo 7 (1) (d)), violación

⁸⁹⁵ *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda* (ICC-02/05-02-/09), Pre-Trial Chamber I, 8 February 2010.

⁸⁹⁶ *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus* (ICC-02/05-03/09), Decision on issues related to the hearing on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 17 November 2010.

⁸⁹⁷ *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus* (ICC-02/05-03/09), Pre-Trial Chamber I. Vid. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/BandaEng.pdf>. Fecha de consulta 15 de septiembre de 2013.

(artículo 7 (1) (g)), actos inhumanos (artículo 7 (1) (k)), privación grave de libertad de las personas civiles (artículo 7 (1) (e)), tortura (artículo 7 (1) (f)); y crímenes de guerra: asesinato (artículo 8 (2) (c) (i)), ataques contra la población civil y personas que no participen directamente en las hostilidades (artículo 8 (2) (e) (i)), destrucción de la propiedad (artículo 8 (2) (e) (xii)), violación (artículo 8 (2) (e) (vi)), saqueo (artículo 8 (2) (e) (v)) y ultraje contra la dignidad personal (artículo 8 (2) (c) (ii))⁸⁹⁸. Aún no ha sido detenido.

5. Actuación de oficio por el Fiscal de la CPI sobre la situación en Kenia, en ejercicio del artículo 15 (1) del Estatuto de Roma

El 27 de diciembre de 2007 la población de Kenia fue convocada para elegir al próximo presidente de la República. Se disputaban las elecciones presidenciales, Mwai Kibaki, actual mandatario y líder del Partido de la Unidad Nacional (PNU, por sus siglas en inglés) y el de la oposición Raila Odinga, del Movimiento Democrático Naranja (ODM, por sus siglas en inglés). Kibaki fue proclamado presidente por la Comisión Electoral en unas elecciones con resultados muy reñidos y en medio de denuncias nacionales e internacionales de fraude, dando inicio a la violencia generalizada, generalmente impulsada por agrupaciones criminales, jóvenes armados y fuerzas del gobierno⁸⁹⁹. Durante un período de dos meses, y concretamente entre diciembre 2007 y febrero 2008, se cometieron más de mil asesinatos selectivos, violación de género y destrucción de la propiedad, y se produjeron unos 500 mil desplazados⁹⁰⁰.

El historial de violencia en Kenia durante los procesos políticos se remonta hasta después de las elecciones presidenciales de 1992 cuando el presidente Daniel Arap Moi por presiones internacionales modificó la Constitución Keniana para permitir procesos electorales multipartidistas, y para mantenerse en el poder recurrió a la represión de los opositores y grupos étnicos por medio de organizaciones y bandas criminales, suficiente para que resultara electo en las elecciones de 1992 y 1997, con un saldo aproximado de

⁸⁹⁸ *Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein* (ICC-02/05-01/12), Warrant of Arrest for Abdel Raheem Muhammad Hussein, Pre-Trial Chamber I, 1 March 2012.

⁸⁹⁹ Obel Hansen, Thomas, "Transitional Justice in Kenya: An Assessment Of The Accountability Process In Light Of Domestic Politics And Security Concerns", en *California Western International Law Journal*, vol. 42, n. 1, 2011, pp. 1-21 (2).

⁹⁰⁰ Korir Sing'Oei, Abraham, "The ICC as Arbiter in Kenya's Postelectoral Violence", en *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, n. 1, 2010, pp. 5-20 (5).

3 mil muertes y 300 mil desplazados⁹⁰¹. Los hechos ocurridos a finales de 2007 y principios de 2008 caen dentro del contexto de tensiones internas y disturbios interiores porque se desarrollaron fuera de los presupuestos que conforman un conflicto armado⁹⁰², al no constatarse la existencia de grupos armados enfrentados de manera directa, y sin que se realizaran operaciones sostenidas y concertadas en una parte del territorio como proclama el artículo 1 del Procolo Adicional II de 1977, por lo que los crímenes mencionados son tipificados como de lesa humanidad.

En común acuerdo con el Secretario General de la ONU de entonces, Kofi Annan, y bajo la observación de Estado Unidos, la Unión Europea, el Reino Unido y la Unión Africana, la situación volvió a la calma, quedando Kibaki como presidente y Raila Odinga como Primer Ministro⁹⁰³. El gobierno de Kenia con apoyo de Kofi Annan decidió establecer en febrero de 2008 una Comisión de Investigación de Violencia Poselectoral (CIPEV, por sus siglas en inglés, o Comisión Waki) con la finalidad de elaborar un informe sobre las causas y consecuencias de la violencia poselectoral, la conducta de las fuerzas armadas y de seguridad para encarar el estallido social, así como las recomendaciones que ha lugar para evitar situaciones semejantes⁹⁰⁴. El informe final de la Comisión dado a conocer en octubre de 2008, resaltó un balance estimado de las violaciones graves de los derechos humanos cometidas durante los disturbios interiores, muriendo cerca de 1200 personas y produciéndose más de 300 mil desplazados y 900 actos de violaciones. Asimismo, la Comisión recomendó la creación de un tribunal especial con componente internacional para perseguir los delitos cometidos⁹⁰⁵. El informe recogió también una lista secreta de los presuntos culpables de mayor

⁹⁰¹ Muller, Susanne D., “Dying to win: Elections, political violence, and institutional decay in Kenya”, en *Journal of Contemporary African Studies*, vol. 29, n. 1, 2011, pp. 99-117, (103); Cheeseman, Nic, “The Kenya Elections of 2007: An Introduction”, en *Journal of Eastern African Studies*, vol. 2, n. 2, 2008, pp. 166-184 (170).

⁹⁰² Vid. opinión de la CPI en *Prosecutor v. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/09-01/11), 23 January 2012, par. 50; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein ali*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/09-01/11), 23 January 2012, par. 55.

⁹⁰³ Chege, Michael, “Kenya: Back From the Brink?”, en *Journal Democracy*, vol. 19, n. 4, 2008, pp. 125-139 (126).

⁹⁰⁴ Chidi Njau, Mba, “Violence in Kenya: Any Role for the ICC in the Quest for Accountability”, en *African Journal of Legal Studies*, vol. 3, n. 1, 2009, pp. 78-95 (89).

⁹⁰⁵ Vid. Kenya: Commission of Inquiry into the Post Election Violence (CIPEV) Final Report, ver en: http://www.knchr.org/Portals/0/Reports/Waki_Report.pdf, fecha de consulta 22 de octubre de 2013; también Chernor Jalloh, Charles, “Situation in the Republic Of Kenya”, en *AJIL*, vol. 105, n. 3, 2011, pp. 540-547 (541).

responsabilidad durante el estallido social, y fue entregado al Secretario General de la ONU, quien a su vez lo remitió al Fiscal de la CPI⁹⁰⁶.

El 5 de febrero de 2008 la oficina del Fiscal anunció estar llevando a cabo una investigación de los hechos ocurridos en Kenia después de las elecciones de 2007, si bien el propio Fiscal decidió establecer el período que va desde junio de 2005 hasta el 26 de noviembre de 2009. Un impulso a la iniciativa lo constituyó el hecho de que el Parlamento rechazara un Proyecto de Ley tendiente a establecer un Tribunal Especial para procesar a los responsables de los delitos cometidos durante la violencia poselectoral. Pero fue la falta inactividad judicial de los órganos judiciales estatales de Kenia contra los acusados el argumento utilizado por la fiscalía lo que permitió la admisibilidad de los casos ante la Corte⁹⁰⁷. El momento vino a significar un revés para los grupos parlamentarios de la oposición que evitaron aprobar un Proyecto de Ley del gobierno para establecer un Tribunal Especial. En tal sentido, el 3 de julio de 2009 el gobierno de Kenia y el Fiscal firmaron un acuerdo en virtud del cual Kenia debía proporcionar al Fiscal todas las informaciones pertinentes de las investigaciones y acciones judiciales llevadas a cabo como consecuencia del conflicto poselectoral, así como cualquier otra información necesaria para continuar con las averiguaciones; el acuerdo tomó forma cuando el 26 de noviembre de 2009, de manera oficial, el Fiscal, en virtud del artículo 15 (3), solicitó autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para investigar los hechos en Kenia producidos desde el 1 de junio de 2005 al 26 de noviembre de 2009, siendo el 31 de marzo de 2010 cuando se dio respuesta afirmativa⁹⁰⁸.

De manera paralela, el gobierno keniano estableció en octubre de 2009 una Comisión de la Verdad y Reconciliación, así como manifestó su deseo de reformar el sistema judicial como una forma de prevenir la falta de inacción judicial en el país⁹⁰⁹, y por otro lado

⁹⁰⁶ Chidi Njau, Mba, "Violence in Kenya: Any Role for the ICC in the Quest for Accountability", en: *African Journal of Legal Studies*, vol. 3, n. 1, 2009, pp. 78-95 (90); Obel Hansen, Thomas, "Transitional Justice In Kenya: An Assessment Of The Accountability Process In Light Of Domestic Politics And Security Concerns", en: *California Western International Law Journal*, vol. 42, n. 1, 2011, pp. 1-21 (6).

⁹⁰⁷ *Prosecutor v. William Samoei Ruto et al.* (ICC-01/09-01/11), Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute, Pre-Trial Chamber II 30 May 2011.

⁹⁰⁸ *Prosecutor v. William Samoei Ruto, et al.* (ICC-01/09-01/11), Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (d) of the Rome Statute, Trial-Chamber II 23 January 2012, par. 1.

⁹⁰⁹ Chidi Njau, Mba, "Violence in Kenya: Any Role for the ICC...", *loc. cit. supra* en nota 906, p. 91.

ocuparse de perseguir a los presuntos culpables de los delitos de menor responsabilidad. En ambos casos, por un lado, la Corte necesita de la cooperación del gobierno para llevar a cabo los procesos judiciales que le sean sometidos, y por otro lado, el gobierno debe dar muestra de que la persecución de sus nacionales es una manera de combatir la impunidad y con ello evitar que la Corte perciba en el gobierno keniano cierta inacción de su sistema judicial.

Por consiguiente, el establecimiento de la Corte y su implicación en situaciones de disturbios interiores que distan de calificarse como conflictos armados, es una advertencia a los Estados tendiente a evitar que en los procesos electorales de mayor envergadura como elegir a un presidente, así como en protestas sociales o cualquier otro episodio donde se puedan producir situaciones dramáticas de violaciones graves de los derechos humanos y en el peor de los casos surja un conflicto armado degenerando en violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario, queden impunes sus autores. Los hechos ocurridos en Kenia además, comprometen al Estado a perseguir, apresar y juzgar a los presuntos culpables de esas violaciones, de manera que el establecimiento de la Corte viene a ser garantía de esa persecución en caso de que el Estado no pueda o no quiera encarar por medio de sus instituciones judiciales el proceso penal correspondiente.

El gobierno de Kibaki, en una comunicación dirigida al Consejo de Seguridad de la ONU el 8 de febrero de 2011, sugirió que se paralizaran las investigaciones de la Corte en vista de que algunos de los acusados fueron constituidos candidatos a la presidencia de la República, significando ello un peligro para la paz y la seguridad⁹¹⁰, pero el Consejo evitó dar curso a la solicitud⁹¹¹; la actuación del gobierno prosiguió con una solicitud formal el 31 de marzo de 2011 a la Corte pidiendo su inhibición con fundamento en el artículo 19 del Estatuto de Roma, en vista de que las personas estaba siendo encausadas por los organismos internos competentes, y que se habían hecho reformas constitucionales y judiciales. Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares

⁹¹⁰Vid. petición al del gobierno keniano al Consejo de Seguridad en: <http://www.nation.co.ke/News/politics/Kenya%20petitions%20UN%20organ%20to%20delay%20trials%20/-/1064/1105328/-/dt3w0z/-/index.html>, fecha de consulta 23 de octubre de 2013.

⁹¹¹http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/Perceptions%20and%20Realities_Kenya%20and%20the%20International%20Criminal%20Court_Oct2013_0.pdf, p. 2, fecha de consulta 23 de octubre de 2013, p. 2.

II rechazó la solicitud por falta de información creíble⁹¹². Más tarde, en noviembre de 2013, la Unión Africana entabló la misma petición, pero el Consejo no logró consenso⁹¹³.

Por tanto, los casos ante la Corte continuaron su curso, siendo uno de ellos contra Uhuru Muigai Kenyatta, ganador de las elecciones presidenciales celebradas el 9 de marzo de 2013, cargo confirmado tras el dictamen del Tribunal Supremo a su favor el día 30 del mismo mes. Pero estos comicios se celebraron sin actos de violencia, lo que supone una lección aprendida por las distintas organizaciones políticas enfrentadas.

En otro orden, la actuación de la Corte por los sucesos en Kenia, propios de tensiones internas y disturbios interiores y no de un conflicto armado, pero por comisión de crímenes contra la humanidad, afianza que los mismos se pueden cometer indistintamente en tiempo de paz o de guerra, y de que la Corte está extendiendo su campo de actuación más allá de los conflictos armados inclusive. A continuación se apuntan los casos que están siendo procesados ante la Corte:

a) Caso Willian Samoei Ruto y Joshua Arap Sanq: El primero es el actual Vice-presidente de la República. El 8 de marzo de 2011 la Sala de Cuestiones Prelimianres II dictó orden de comparecencia contra los acusados, personándose ambos el 7 de abril de 2011, después de que la Sala reconociera la falta de motivos razonables para considerar la responsabilidad de los acusados. Previo a ello, el gobierno de Kenia había intentado que la Corte se abstuviera de investigar los hechos como parte del artículo 19 (2) (b), siendo negado por la Sala el 30 de mayo de 2011 y confirmado el 30 de agosto de 2011 por la Sala de Apelaciones⁹¹⁴. Los cargos en su contra perpetrados en las ciudades de Turbo, Eldoret (Huruma, Kiambaa, Kimumu, Lngas y Yamumbi), Kapsabet Nandi Hills, y los distritos de Uasin Gishu y Nandi, de Kenia, entre 30 de diciembre de 2007 y finales de enero de 2008, son: como crímenes de lesa humanidad cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)): asesinato (artículo 7 (1) (a)), deportación o traslado forzoso de la población (artículo 7 (1) (d)), y persecución

⁹¹² *Prosecutor v. William Samoeiruto et al.* (ICC-01/09-01/11), Decision on the Application by the Government of Kenya..., *loc. cit. supra* en nota 906.

⁹¹³ AU Request for ICC Deferral of Kenyan Situation, ver en: <http://www.whatsinblue.org/2013/11/au-request-for-icc-deferral-of-kenyan-situation.php>, fecha de consulta 23 de octubre de 2013.

⁹¹⁴ *Prosecutor v. William Samoei Ruto et al.* (ICC-01/09-01/11), Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (d) of the Rome Statute, Trial-Chamber II, 23 January 2012, pars. 6-7.

(artículo 7 (1) (h))⁹¹⁵. Los cargos fueron confirmados el 23 de enero de 2012, y el juicio empezó el 10 de septiembre de 2013.

b) Caso Uhuru Muigai Kenyatta: El señor Kenyatta es el actual presidente de Kenia y líder el partido, el Party of National Unity (PNU). Su caso es otro de los que está conociendo la Corte Penal Internacional contra personas de renombre, por los hechos cometidos entre el 27 de diciembre de 2007 y 29 de febrero de 2008, por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)). Está acusado de haber patrocinado, organizado y planificado los crímenes imputados contra los opositores de su Partido, el Orange Democratic Movement (ODM) en diferentes localidades de Kenia, como la ciudad Kisumu (incluyendo el distrito de Kisumu, en la Provincia de Nyanza), Kibera (división de Kibera, en la Provincia de Nairobi), Nakuru (distrito de Nakuru, en la Provincia del Valle del Rift), y Naivasha (distrito de Naivasha, en la Provincia del Valle del Rift). Los cargos como crímenes de lesa humanidad son: asesinato (artículo 7 (1) (a)), desportación o traslado forzoso de la población (artículo 7 (1) (d)), violación y otras formas de violación sexual (artículo 7 (1) (g)), otros actos inhumanos (artículo 7 (1) (k)), persecución (artículo 7 (1) (h))⁹¹⁶. Estos cargos fueron confirmados⁹¹⁷. Hubo una opinión disidente del juez Hans-Peter Kaul, considerando que la Corte no tiene competencia *ratione materiae* para conocer del caso, en cuanto que los supuestos crímenes cometidos por el acusado no se inscriben como parte de una política del Estado o de una organización criminal para cometer los hechos (artículo 7 (2) (a))⁹¹⁸. La fecha establecida para la apertura del juicio fue la de 12 de noviembre de 2013; finalmente fue pospuesto para el 5 de febrero de 2014, y después para el 7 de octubre de 2014, pero el 5 de diciembre de 2014 el Fiscal presentó un escrito con la intención de retirar los cargos.

c) Caso Walter Osapiri Barasa. Este es un caso menor, porque trata sobre la supuesta responsabilidad del inculpado de intentar corromper a tres testigos de la Corte: en

⁹¹⁵ *Ibidem*, pp. 11-12.

⁹¹⁶ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali* (ICC-01/09-02/11), Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Pre-Trial Chamber II, 8 March 2011, pp. 6-7.

⁹¹⁷ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali* (ICC-01/09-02/11), Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, 23 January 2012.

⁹¹⁸ *Ídem*.

concreto, se trata de un delito contra la administración de justicia. Hay una orden de arresto en su contra producida el 2 de agosto de 2013 por la Sala de Cuestiones Preliminares II. En la misma, se le acusa de prometer dinero a tres testigos de cargo para que rehusaran ofrecer declaración, en violación del artículo 70 (1) (c) del Estatuto de Roma⁹¹⁹.

6. Remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI de la situación en la Jamahiriya Árabe Libia, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta

En febrero de 2011, los opositores al régimen de Muamar Ghadafi comenzaron a orquestar protestas pacíficas de la población contra el gobierno, por una serie de reivindicaciones políticas, sociales y económicas, reclamadas en el contexto de lo que internacionalmente se conoció como la “*Primavera Árabe*”⁹²⁰, que tuvo su origen en Túnez con la caída de Zine El Abidine Ben Ali en enero de 2011.

El levantamiento de la población provocó una respuesta sangrienta de las fuerzas armadas y del orden público para contrarrestar la ola de violencia generada tras las manifestaciones pacíficas de las personas, hecho que desencadenó a su vez violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario contra los manifestantes, como detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas, actos de violencia sexual contra mujeres y niños⁹²¹, pasando a calificarse la situación como de conflicto armado interno porque sobrepasaba con muchos las tensiones y disturbios interiores⁹²².

Por esa circunstancia, el Consejo de Seguridad adopta la Resolución S/RES/1970, de 26 de febrero de 2011 con los siguientes postulados: condena las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que se estaban produciendo

⁹¹⁹ *Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa* (ICC- 01/09-01/13), Under Seal ex Parte, Only Available to the Prosecutor and the Registrar Warrant of Arrest for Walter Osapiri Barasa, Pre-Trial Chamber II, 2 August 2013.

⁹²⁰ Movilización de la población en busca de un proceso de democratización de la sociedad en términos políticos, económicos y sociales, y sobre todo un mayor respeto de los derechos humanos, ocurridos durante la primavera de 2011 en los países como Túnez, Bahrein, Egipto, Yemen, Marruecos, Siria y Argelia. Ver Quezada Alcalá, Carmen, “Los Países Árabes ante la Justicia Penal. El Caso de Gadafi o la Impunidad Previsible”, en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n. 3, pp. 196-222 (198).

⁹²¹ Vid. Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/17/17, del 14 de julio de 2011 y A/HRC/S-15/L.1, del 23 de febrero de 2011.

⁹²² Mangas Martín, Aracelis, “La Autorización del uso de la fuerza armada en Libia”, en *Real Instituto Elcano* (ari), ARI 57/2011, pp. 1-7 (1).

en Libia, en especial los ataques contra la población civil; recuerda que los mismos pueden constituir crímenes contra la humanidad; ordena enviar una comisión internacional independiente para investigar los hechos, y, con arreglo al Capítulo VII de la Carta, decide remitir la situación a la CPI desde el 15 de febrero de 2011.

Por otro lado, en otra Resolución, la S/RES/1973, de 17 de marzo de 2011, el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta, autoriza a utilizar todos los medios necesarios para proteger a la población civil y las zonas pobladas por civiles, excluyendo la ocupación. De inmediato, las fuerzas de la OTAN asumieron la responsabilidad de llevar a cabo la disposición de la ONU, cuando el día 23 del mismo mes decidieron atacar objetivos militares del gobierno de Ghaddafi. El régimen se mantuvo resistiendo, ejecutando opositores y bombardeando zonas urbanas ocupadas por personas civiles hasta que el 20 de octubre de 2011 el último bastión de resistencia del gobierno en la ciudad de Sirte cayó bajo control de los rebeldes⁹²³.

La decisión del Consejo de remitir la situación de Libia a la CPI tan pronto como comenzaron a ocurrir los hechos, y después de recibir varios informes sobre violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, se inscribe en una nueva visión tendiente a evitar errores del pasado, pues para el caso de Darfur, el Consejo había remitido la situación cuando ya habían pasado casi dos años desde la comisión de graves crímenes⁹²⁴. Ello sin perjuicio de los motivos políticos que llevaron a tomarla tan pronto como comenzaron a ocurrir los hechos, no habiendo ocurrido lo mismo con Al Assad en Siria, y, por otro lado, la celeridad del Fiscal de elaborar la lista de los acusados y solicitar las primeras órdenes de arresto a tan solo 3 meses de la remisión de la situación⁹²⁵. Entre los casos que actualmente está conociendo la Corte sobre la situación de Libia están:

a) Caso Saif Al-Islam Gaddafi: El 27 de junio de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional emitió una orden de arresto contra Al-Islam Gaddafi, hijo del presidente de Libia Muammar Gaddafi y Primer Ministro

⁹²³ Knoops, Geert Jan, “Prosecuting the Gaddafi: swift or political justice?”, en *Amsterdam Law Forum*, vol. 4, n. 1, 2012, pp. 78-92 (79).

⁹²⁴ Corrie, Karen L., “International Criminal Law”, en *International Lawyer*, vol. 46, n. 1, 2012, pp. 145-153 (147).

⁹²⁵ Knoops, Geert Jan, “Prosecuting the Gaddafi: swift or...”, *loc. cit. supra* en nota 923, p. 83.

sucesor *de facto*, de acuerdo a una solicitud del Fiscal de fecha 16 de mayo de 2011, por haber orquestado un plan junto a su padre para impedir y reprimir por todos los medios a los manifestantes, siendo por ello responsable de la presunta comisión de asesinatos y persecución de personas civiles, opositores o disidentes desde la fecha acordada por el Consejo de Seguridad, el 15 de febrero de 2011, y hasta el 28 del mismo mes y año, en toda Libia, específicamente en la capital Trípoli y los distritos de Benghazi, Misrata y otras ciudades vecinas como Al-Bayda, Derna, Tobruk y Ajdabiya. Hechos que fueron cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a). Entre los cargos en su contra figuran como crímenes de lesa humanidad: asesinatos (artículo 7 (1) (a)) y persecución (artículo 7 (1) (h))⁹²⁶.

El acusado fue detenido por las autoridades el 19 de noviembre de 2011 y mantenido bajo custodia policial⁹²⁷. Seis meses más tarde, el 21 de mayo de 2012, Libia decidió utilizar el artículo 95 del Estatuto de Roma que permite suspender una causa abierta por la Corte, para impugnar la admisibilidad de la causa contra Gaddafi, bajo el alegato de que el Estado está investigando al presunto culpable desde su arresto, así como una serie de reformas tendiente a fortalecer el sistema judicial libio.

Sin embargo, el 31 de mayo de 2013 la Sala estimó que las pruebas eran insuficientes para creer razonablemente que el Estado tiene capacidad para llevar a cabo las investigaciones, así como la falta de medios y garantías al acusado, por lo que conminó a Libia a cumplir con sus obligaciones internacionales de entregar al acusado⁹²⁸. No conformes con la situación, el 7 de julio de 2013, las autoridades de Libia solicitaron a la Corte suspender el procedimiento acogiendo al artículo 82 (3) del Estatuto⁹²⁹ y 156 (5) de las Reglas de Procedimiento y Prueba⁹³⁰, alegando que el caso era inadmisibile porque estaba en investigación por la justicia de Libia, y que entregar al acusado crearía

⁹²⁶ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi* (ICC-01/11), Warrant of Arrest for Saif Al-Islam Gaddafi, Pre-Trial Chamber I, 27 June 2011.

⁹²⁷ Leanos, Brendam, "Cooperative Justice: Understanding The Future Of The International Criminal Court Through Its Involvement In Libya", en *Fordham Law Review*, vol. 80, n. 5, 2012, pp. 2267-2304 (2296).

⁹²⁸ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11-01/11), Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, Pre-Trial Chamber, 31 May 2013.

⁹²⁹ Artículo 82 (3): "La apelación no suspenderá por sí misma el procedimiento a menos que la Sala de Apelaciones así lo resuelva, previa solicitud y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba".

⁹³⁰ Artículo 156 (5) de las Reglas de Procedimiento y Prueba: "La parte que interponga la apelación podrá pedir al hacerlo que ésta tenga efecto suspensivo de conformidad con el párrafo 3 del artículo 82".

una situación de irreversibles consecuencias para el Estado en proceso de transición democrática, muy difícil de corregir si se procediese a la entrega, contrario a la opinión del acusado, quien refutó la falta de argumento de Libia para proceder a la solicitud, además, entiende que la Sala de Apelaciones no puede conocer de una suspensión que no esté dentro del examen de apelación⁹³¹, no obstante ello la Sala ratificó la admisibilidad del caso el 21 de mayo de 2014, debido a que los crímenes por los que se le acusa en Libia difieren de los estipulados en el Estatuto de Roma⁹³².

En todo caso, los alegatos de Gaddafi van en la dirección de su preferencia a ser juzgado ante la CPI, entre otras cosas, porque la pena máxima que se puede imponer es la cadena perpetua, en cambio, Libia tiene instaurada la pena de muerte, lo que podría ocurrir si el acusado es juzgado en su país⁹³³. La Sala de Apelaciones, quien tiene el poder discrecional de acoger o no la solicitud de suspensión de acuerdo a los artículos citados, entendió que Libia no ha podido demostrar que la entrega del acusado vaya a crear una situación irreversible, y que las investigaciones sobre Gaddafi son independientes del procedimiento ante la Corte, procediendo de esta manera a rechazar la solicitud de suspensión⁹³⁴.

b) Caso Abdullah Al-Senussi: El señor Al-Senussi fue coronel de las Fuerzas Armadas Libias y jefe de Inteligencia Militar. Es el segundo en la lista de los acusados por los hechos ocurridos a principios de 2011. Del mismo modo, a solicitud del Fiscal el 16 de mayo de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares dictó orden de arresto contra el inculcado el 27 de junio de 2011. Se le acusa de llevar a cabo entre el 15 y el 20 de febrero de 2001 ataques armados sistemáticos y generalizados contra la población civil y contra los disidentes, como *modus operandi* o política de Estado para contrarrestar las manifestaciones, constituyendo esos actos crímenes contra la humanidad. Dentro de estos crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3)

⁹³¹ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11-01/11 OA 4), Decision on the request for suspensive effect and related issues, Appeals Chamber, 18 July 2013.

⁹³² *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11-01/11 OA 4), Judgment on the Appeal of Libya against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 Entitled “Decision on the Admissibility of the Case against Saif Al-Islam Gaddafi”, Appeals Chamber, 21 May 2014.

⁹³³ Stahn, Carsten, “Libya, the International Criminal Court and Complementarity A Test for ‘Shared Responsibility’”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n. 2, 2012, pp. 325-350 (346).

⁹³⁴ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11-01/11 OA 4), *loc. cit. supra* en nota 931.

(a)) están: asesinato (artículo 7 (1) (a)) y persecución 7 (1) (h))⁹³⁵. El 2 de abril de 2013 Libia había presentado un recurso sobre la inadmisibilidad del caso en la Corte Penal Internacional aportando pruebas y hechos contra el acusado tendientes a considerar de que puede y tiene los recursos para llevar a cabo un proceso justo. Después de ponderar los argumentos, la Sala de Cuestiones Preliminares entendió el 11 de octubre de 2013 que el Estado puede y quiere juzgar al inculpado, y que está realizando medidas concretas para ello⁹³⁶. Empero, la decisión fue recurrida por la defensa a fin de evitar que el acusado fuera juzgado en Libia por el riesgo de que fuera sentenciado a la pena de muerte; sin embargo, el 24 de julio de 2014 la Sala de Apelaciones confirmó la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I recordando adecuadamente que la CPI no está para sustituir a los tribunales nacionales sino para complementarlos, y en ese sentido la Sala de Cuestiones Preliminares I no erró al determinar que evidentemente el susodicho está siendo investigado efectivamente por las autoridades nacionales, muy diferente a la situación de Saif Al-Islam Gaddafi en la que Libia no demostró avances significativos en el caso⁹³⁷.

c) Caso Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi: Fue el tercer acusado por el Fiscal el 16 de mayo de 2011 ante la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual también dictó orden de arresto el 27 de junio del mismo año. Gaddafi fue el presidente de la República y comandante de las Fuerzas Armadas Libias hasta su muerte el 20 de octubre de 2011. Había sido acusado de los siguientes cargos como crímenes de lesa humanidad: asesinato (artículo 7 (1) (a)) y persecución (artículo 7 (1) (h)). Crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), en la forma de ataques contra la población civil, en la capital Trípoli y los distritos de Benghazi y Misrata, desde el 15 al 28 de febrero de 2011, como una política de Estado dirigida a cometer ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil manifestante y los grupos opositores disidentes. Tras su muerte, los cargos fueron retirados el 22 de noviembre de 2011.

⁹³⁵ *Prosecutor v. Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11), Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, 27 June 2011.

⁹³⁶ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11-01/11), Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, 11 October 2013.

⁹³⁷ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11-01/11 OA 6), Judgment on Appeal of Mr. Adullah Al-Senussi against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the Admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, Appeals Chamber, 24 July 2014.

7. Actuación de oficio por el Fiscal de la CPI sobre la situación en Costa de Marfil, en ejercicio del artículo 15 (1) del Estatuto de Roma

Costa de Marfil es el séptimo Estado por el que la CPI ha abierto causas contra sus nacionales por crímenes durante un conflicto armado interno, en este caso, el ocurrido después de las elecciones presidenciales de 28 de noviembre de 2010. Asimismo, es la segunda vez que el Fiscal actúa de oficio, después de la situación de Kenia, y la primera causa abierta en virtud del artículo 12 (3) del Estatuto, según el cual, un Estado puede, mediante declaración especial, consentir la competencia de la Corte sobre los crímenes de que se trate.

La solicitud de aceptación de la competencia de la Corte se produjo el 18 de abril de 2003 por el gobierno de Costa de Marfil de entonces, para los crímenes cometidos desde el 19 de diciembre de 2002. El 14 de diciembre de 2010 se produce la confirmación de dicha solicitud por parte del nuevo presidente Alassane Ouattara, esta vez, refiriéndose a los crímenes perpetrados a partir de marzo de 2004. Sin embargo, el 3 de mayo de 2011, el presidente electo cambia la fecha y envía una carta al Fiscal donde expresa que la competencia de la Corte se debería ubicar entre el 31 de octubre de 2010 y el 28 de noviembre del mismo año⁹³⁸.

Por otro lado, la solicitud del Fiscal para investigar los hechos en Costa de Marfil se realizó el 22 de junio de 2011, señalando como fecha de inicio de la competencia el 28 de noviembre de 2010, y en tal sentido, la presidencia de la Corte designó a la Sala de Cuestiones Preliminares III estudiar la petición. La Sala comenzó evaluando las fechas de validez de las solicitudes de aceptación de la jurisdicción de la Corte, estableciendo la del 19 de diciembre de 2002⁹³⁹, al tiempo que autorizó al Fiscal a dar inicio a las investigaciones de acuerdo a la fecha de solicitud de competencia. No obstante, lo conminó a presentar pruebas concretas por los crímenes cometidos desde 2002 al 2010 para poder proceder a las imputaciones⁹⁴⁰. Con ello el Fiscal goza de un amplio margen para proceder a investigar hechos en los cuales se podrían haber cometido crímenes de

⁹³⁸ Situation in the Republic of Côte D'Ivoire, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte D'Ivoire (ICC-2/11) Pre-Trial Chamber, 3 October 2011, pars. 10-14.

⁹³⁹ *Ibidem*, par. 15.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, pars. 84-85. Véase, artículo 57 (2) (b) del Estatuto de Roma, sobre la facultad de la Sala de Cuestiones Preliminares de autorizar al Fiscal reunir pruebas.

la competencia de la Corte, así como aumentar los cargos contra posibles acusados. Al respecto, el 4 de noviembre de 2011, el Fiscal presentó las pruebas adicionales, las cuales fueron avaladas y ponderadas afirmativamente, por lo que se amplió la jurisdicción comenzando desde 19 de septiembre de 2002 hasta 28 de noviembre de 2010⁹⁴¹. Desde entonces, el Fiscal ha presentado cargos contra los siguientes acusados:

a) Caso Laurent Gbagbo: El 23 de noviembre de 2011, el Fiscal de la Corte Penal Internacional solicitó orden de arresto contra el ex presidente de Costa de Marfil Laurent Gbagbo, acusado de cometer de forma organizada, generalizada y sistemática, junto a las Defence and Security Force (FDS) y las milicias pro GbaGbo, ataques armados contra la población civil en la capital Abidjan, en el Golf Hotel y todo el país, así como a los militantes partidarios de Ouattara (presidente actual de Costa de Marfil), comunidades étnicas y religiosas determinadas, después de las elecciones de 28 de noviembre de 2010. Se le acusa de actuar con conocimiento e intención, por lo que se presume responsable por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)) de perpetrar crímenes de lesa humanidad, a saber: asesinato (artículo 7 (1) (a)), violación y otras formas de violencia sexual (artículo 7 (1) (g)), otros actos inhumanos (artículo 7 (1) (k)) y persecución (artículo 7 (1) (h))⁹⁴². El 11 de abril de 2011 fue arrestado y conducido el 30 de noviembre del mismo año a las instalaciones de la Corte Penal, donde aguarda para ser procesado. Del 19 al 28 de febrero de 2013 le fueron confirmados los cargos.

b) Caso Simone Gbagbo: Del mismo modo, el 23 de noviembre de 2011, el Fiscal también solicitó orden de arresto contra la esposa del ex presidente Laurent Gbagbo, la señora Simone Gbagbo, por crímenes cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), es decir, como coautora de los hechos imputados. La señora Gbagbo, en estrecha relación con su marido, ideó políticamente realizar ataques armados contra la población civil, llegando a alegar públicamente que apoyaba a su marido, al tiempo que llamaba a las fuerzas armadas partidarias, el FDS y las milicias de jóvenes pro Gbagbo a cometer crímenes contra los opositores, entre el 16 de

⁹⁴¹ Situation in the Republic of Côte D'Ivoire, Decision on the Prosecution's provisional of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010 (ICC-2/11), Pre-Trial Chamber, 22 February 2012.

⁹⁴² *Prosecutor v. Laurent Gbagbo* (ICC-02/11), Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo, Pre-Trial Chamber, 23 November 2011.

diciembre de 2010 y abril de 2011, razón por la cual fue acusada por los mismos cargos que su marido⁹⁴³.

c) Caso Charles Blé Goudé: Se acusa a Blé Goudé de participar junto al ex presidente Gbagbo de organizar el plan para perseguir y realizar ataques armados contra la población civil durante el período de 16 de diciembre de 2010 a 12 de abril de 2011. De acuerdo al Fiscal, el acusado ejerció control sobre los crímenes cometidos; y también dio instrucciones directamente a miles de los jóvenes para apoyar el plan común. Estos últimos fueron reclutados, armados, entrenados e integrados al FDS. Por tanto, se cree al acusado responsable de los hechos cometidos por sí solo, con otro o por conducto de otro (artículo 25 (3) (a)), en todo el territorio de Costa de Marfil, los cuales figuran como crímenes de lesa humanidad, los mismos crímenes que los anteriores inculcados⁹⁴⁴. El 17 de enero de 2013 fue arrestado por las autoridades de Costa de Marfil, pero aún no ha sido entregado a los funcionarios de la CPI.

8. Remisión por Mali, como Estado Parte, de su situación a la CPI, en ejercicio del artículo 15 (1) del Estatuto de Roma

El 13 de julio de 2012, el gobierno de Mali solicitó a la CPI iniciar las investigaciones de rigor para llevar ante la justicia a los responsables de crímenes internacionales cometidos en el territorio desde enero de 2012. El Fiscal procedió a estudiar la solicitud el 16 de enero de 2013, y, después de evaluar la situación, entendió que no hay base sólida para iniciar una investigación. En todo caso, la situación está en manos de la Sala de Cuestiones Preliminares II, quien podrá decidir lo contrario de acuerdo a lo estipulado en el artículo 53 (3) (b) del Estatuto de Roma, y ordenar al Fiscal reconsiderar su decisión.

9. La delicada situación de Siria en el camino a la CPI

Otro conflicto que probablemente vaya a ser remitido por el Consejo de Seguridad de la ONU a la CPI es el de Siria, aunque todavía se cuenta con la oposición tajante de Rusia. El conflicto comenzó durante el mes de abril de 2011 y se intensificó en el 2012,

⁹⁴³ *Prosecutor v. Simone Gbagbo* (ICC-02/11-01/12), Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, Pre-Trial Chamber, 29 February 2012.

⁹⁴⁴ *Prosecutor v. Charles Blé Goudé* (ICC-02/11-01/11), Warrant of Arrest for Charles Blé Goudé, Pre-Trial Chamber, 21 December 2011.

extendiéndose hasta el presente (2015), sin probabilidad de paz a corto plazo debido a que el mismo podría estar internacionalizándose por dos razones importantes: por un lado, la asistencia y cooperación de otros Estados en equipos y armamentos, sobre todo de Estados Unidos a los rebeldes⁹⁴⁵ y de Rusia al gobierno, su principal aliado, así como la afluencia de grupos armados extranjeros como el Estado Islámico (EI); por otro lado, la participación en el suministro de armas y equipamiento así como en la logística, asistencia técnica y capacitación al gobierno Sirio por sus aliados, ello según se enuncia en el último informe de la Comisión Internacional Independiente⁹⁴⁶, el cual podría indicar también que otros Estados estarían actuando de igual forma con los grupos armados e insurgentes, por lo que estaríamos hablando de un ejemplo reciente caracterizador de la Guerra Fría.

En consecuencia, parece improbable que una intervención armada autorizada por la ONU esté a punto de ocurrir, pero se está abriendo camino esa posible eventualidad en ocasión de la aprobación por el Consejo de Seguridad de la ONU de la Resolución S/RES/2139, de 22 de febrero de 2014, que exigía al gobierno permitir sin demora ni dilación la asistencia humanitaria de los afectados por el conflicto. En otro orden, Siria no es parte en el Estatuto de Roma, pero, dadas las violaciones generalizadas y sistemáticas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, es posible que, aunque tarde, la CPI esté conociendo algunos casos, más que todo también por la insistencia de la Comisión Internacional Independiente al Consejo de Seguridad para que remita la situación a la CPI desde principios de febrero de 2013 en los informes rendidos.

Respecto a las violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos en Siria, la Comisión Internacional Independiente, designada por Consejo de Derechos Humanos de la ONU en virtud de las Resoluciones S-17/1, 19/22 y 21/26, de 20 de diciembre de 2012, ha realizado ocho informes, en los que se denuncian torturas, masacres y ejecuciones sumarias de opositores, arrestos y detenciones ilegales, así como bombardeos indiscriminados en que resultan muertas personas civiles, ejecuciones

⁹⁴⁵ Véase “New U.S. help arrives for Syrian rebels as government, extremists again”, en The Washington Post, July 27 2014, ver en: http://www.washingtonpost.com/world/new-us-help-arrives-for-syrian-rebels-as-government-extremists-gain/2014/07/27/d4805a82-43b3-4583-85b5-f51efd6940a4_story.html?hpid=z1, fecha de consulta 8 de septiembre de 2014.

⁹⁴⁶ Véase informe de la Comisión Internacional Independiente A/HRC/27/60, de 13 de agosto de 2014, par. 12.

extrajudiciales de fuerzas enemigas, asesinatos de prisioneros desarmados, asesinatos de mujeres y niños, destrucción de propiedades, etc., todos ellos comportamientos susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cometidos mayoritariamente por fuerzas del gobierno y varios grupos armados no estatales que se disputan el control de los recursos naturales como el petróleo, el gas y el agua⁹⁴⁷.

En esa misma línea, es importante resaltar que la situación de los niños es alarmante, pues en otro informe del Secretario General de la ONU preparado por mandato de la Resolución 1612, de 26 de julio de 2005, sobre protección de los niños en los conflictos armados, se constata que ha habido 3 millones de niños desplazados (de los 6.5 de personas aproximadamente), mientras que 10.000 aproximadamente han muerto; en total más de 100.000 personas han muerto a causa del conflicto, además de 2.1 millones de refugiados, ataques desproporcionados e indiscriminados contra la población civil en sus ciudades y aldeas, que han acabado en mutilaciones de niños y, asimismo, se han producido detenciones arbitrarias, torturas, malos tratos de niños, su reclutamiento por grupos armados opositores y su utilización como escudos humanos; violaciones sexuales contra mujeres y niños, etc.⁹⁴⁸. Ante todo ello, en los últimos informes de la Comisión Internacional Independiente se recomienda al Consejo remitir la situación a la CPI, pero aún no se había producido a la fecha 7 de febrero de 2015 por la fuerte oposición de Rusia y China.

10. Otras posibles situaciones en etapa preliminar

La Fiscalía de la CPI está conociendo de otras situaciones donde cree se han cometido crímenes de la competencia de la Institución, la mayoría perpetrados durante el desarrollo de conflictos armados internos, y en ocasiones de tensiones internas y disturbios interiores, pero cuyos delitos podrían constituir crímenes contra la humanidad, que como se ha subrayado se pueden cometer tanto en tiempos de paz como de guerra. En ese sentido, hay que recordar que en principio la Corte sirve de efecto

⁹⁴⁷ Véase los informes A/HRC/27/60, de 13 de agosto de 2014; A/HRC/25/65, de 12 de febrero de 2014; A/HRC/24/46, 11 de septiembre de 2013; A/HRC/23/58, 4 de junio de 2013; A/HRC/22/59, de 5 de febrero de 2013; A/HRC/21/50, de 15 de agosto de 2012; A/HRC/19/69, de 22 de febrero de 2012 y A/HRC/S-17/2/Add.1, de 23 de noviembre de 2011.

⁹⁴⁸ Informe del Secretario General de la ONU S/2014/31, de 27 de enero de 2014, pars. 9-11, 22, 25, 34-35.

disuasorio, y actúa cuando un Estado no puede o no quiere llevar a cabo una investigación; una situación en estado preliminar probablemente se quede en esa fase y la causa sea archivada si se comprueba que el Estado está cumpliendo con sus obligaciones internacionales derivadas del Estatuto de Roma y del derecho internacional.

El Fiscal, por ejemplo, ha señalado que son tres los pasos a analizar antes de someter una situación a investigación: en primer lugar, si existe duda razonable de que se han cometido o se están perpetrando crímenes de la competencia de la Corte; en segundo lugar, en cuanto a la cuestión de la admisibilidad, si se satisfacen los criterios relativos a la gravedad y complementariedad; y, en tercer lugar, si se aseguran los intereses de la justicia⁹⁴⁹. En esa línea, el Fiscal está examinando situaciones en Afganistán⁹⁵⁰, Comoras⁹⁵¹, República Federal de Nigeria⁹⁵², Georgia⁹⁵³, Guinea⁹⁵⁴, Honduras⁹⁵⁵, la

⁹⁴⁹ Véase los comentarios del Fiscal en relación de la situación en Venezuela: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E2BC725-6A63-40B8-8CDC-ADBA7BCAA91F/143684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf, fecha de consulta 28 de marzo de 2014.

⁹⁵⁰ Desde 2003, fecha de ratificación del Estatuto de Roma por parte de Afganistán, el conflicto armado se ha intensificado sobre todo en el sur del país entre las fuerzas armadas talibanas y las fuerzas armadas del gobierno, dejando un saldo aproximado de 14,300 personas civiles asesinadas, de ellos alrededor de 9.778 a manos de los grupos armados, entre 2007 y 2013, según datos de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (UNAMA, por sus siglas en inglés). Las muertes se han producido especialmente por medio de decapitaciones, ahorcamientos o fusilamientos, también por medio de ataques suicidas y asesinatos particulares de individuos específicos como funcionarios del gobierno y provinciales; se dice también que ha habido un incremento de la violencia contra la mujer y se han cometido torturas y otros tratos inhumanos; asimismo, ataques contra objetivos protegidos como hospitales, comercios, oficinas gubernamentales y escuelas; de otro lado, secuestros, utilización de niños como soldados, detenciones arbitrarias y personas civiles usadas como escudos humanos. La Fiscalía destaca que a lo interno del Estado se están realizando diligencias previas para rendir cuentas, véase éstas y otras informaciones relacionadas en: http://www.icccpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documentation/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF, pp. 7-14, pars. 19-56, fecha de consulta 20 de enero de 2014.

⁹⁵¹ Comoras es Parte del Estatuto de Roma desde el 19 de agosto de 2006, por lo que puede remitir al Fiscal una situación donde parezca se cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte (artículos 14, 13 (a) y 12 (2) (a)). En ese sentido, El 14 de mayo de 2013 las autoridades del país enviaron una comunicación a la oficina de la Fiscalía denunciando que fuerzas israelíes atacaron buques y aeronaves de matrícula Comoras que llevaban asistencia humanitaria a la Franja de Gaza el 31 de mayo de 2010, dejando un saldo de 9 personas asesinadas y otras tantas resultaron gravemente heridas. La Fiscalía está haciendo las averiguaciones para determinar si se han cometido crímenes de la competencia de la Corte con relación al artículo 12 (2) (a) de los delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves. Israel no ha ratificado el Estatuto de Roma, por lo que se prevé poca colaboración. El mismo podría calificarse crimen contra la humanidad aunque haya ausencia de una política activa dirigida a atacar una población civil por parte del Estado de Israel, dado que el crimen puede ser cometido de modo inconsciente como se ha enunciado otrora; también, el acto podría constituir crímenes de guerra de asesinato, destrucción y apropiación de bienes no justificado por necesidades militares, en suma, por violarse la norma que protege las personas civiles del Estado neutral (artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra), y para los habitantes de Gaza, como una forma de castigos colectivos a la población civil, por privarla de alimentos, medicina, agua y otros servicios básicos, definidos en el artículo 33 del mismo Convenio. Es así, porque el incidente es consecuencia del bloqueo naval, comercial y económico contra

República de Corea⁹⁵⁶ y Colombia. En otros casos análogos que se encontraban en la misma etapa sus investigaciones han sido descontinuadas, son ellos Irak⁹⁵⁷, Palestina⁹⁵⁸

Gaza desde 2007, que Israel defiende por su seguridad, habida cuenta de los innumerables ataques armados procedentes del territorio contra la población civil israelí, que si bien podría quedar justificado, en todo caso el ataque ha sido desproporcionado. En julio de 2011, el Secretario General de la ONU publicó un informe elaborado por un Panel Especial que en términos generales califica la acción de Israel legítima, pero cometida en exceso y desproporcionada (véase Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, of Julio 2011, en: <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/world/Palmer-Committee-Final-report.pdf>, fecha de consulta 28 de enero de 2014), pero está conminado a respetar las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario en el conflicto armado internacional con Palestina, territorio sujeto a libre determinación, que a su vez ha solicitado en febrero de 2009 ser Parte del Estatuto de Roma, repitiendo esa solicitud el 31 de diciembre de 2014, finalmente aceptada el 7 de enero de 2015. En relación a ello Comoras puede servir de soporte al Fiscal en caso de que éste asuma su competencia. En todo caso, se trataría de una maniobra disuasoria para que Israel procese y condene a los presuntos culpables por ese acto, aunque como se dijo no sea Parte del Estatuto de Roma. Sobre la situación preliminar véase en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf>, fecha de consulta 28 de enero de 2014.

⁹⁵² Nigeria ratificó el Estatuto de Roma el 27 de septiembre de 2001, la Fiscalía tiene información de que a partir del 1 de julio de 2002 hasta junio de 2013 se han perpetrado miles de asesinatos contra personas civiles, además de crimen de persecución, violación, esclavitud, etc., véase: http://www.icccpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20Report%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF, pp. 46 y ss., fecha de consulta 28 de enero de 2014.

⁹⁵³ Georgia es Estado Parte del Estatuto de Roma desde el 5 de septiembre de 2003. Los hechos por los que la Fiscalía está investigando tuvieron lugar el 1 de diciembre de 2003 a raíz del conflicto armado surgido en Osetia del Sur (Georgia), en agosto de 2008. Hubo desplazamiento forzoso de la población civil (cerca de 30.000 personas), destrucción de bienes civiles, ataques directos contra la población civil y objetivos civiles, ataques contra fuerzas de paz rusas, torturas y otros tratos crueles y pillaje, véase: http://www.icccpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20Report%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF, pp. 38-39, pars. 157-162, fecha de consulta 29 de enero de 2014.

⁹⁵⁴ El 14 de julio de 2003, Guinea pasó a ser Parte del Estatuto de Roma. La Fiscalía se encuentra investigando los hechos cometidos desde el 1 de octubre de 2003; el 28 de septiembre de 2009 por ejemplo, día de la independencia del Estado, más de 150 personas fueron asesinadas y desaparecidas, 109 mujeres fueron víctimas de violación sexual y otras formas de violencia sexual, hubo torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como el delito de persecución, véase entre otras informaciones en: http://www.icccpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20Report%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF, pp. 42-43, pars. 183-188, fecha de consulta 29 de enero de 2014.

⁹⁵⁵ La ratificación del Estatuto de Roma por Honduras se produjo el 28 de junio de 2009. La CPI tiene competencia para conocer de los hechos de violencia ocurridos en ocasión del golpe de Estado producido en Honduras el 28 de junio de 2009 contra el ex presidente Manuel Zelaya; entre los delitos presuntamente cometidos por fuerzas del orden están el asesinato de dos niños, la prisión arbitraria, deportación o transferencia forzosa de personas, incluyendo al presidente, violaciones, persecución y torturas. Vid. http://www.icccpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20Report%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF, pp. 16-17, pars. 63-69, fecha 27 de marzo de 2014.

⁹⁵⁶ Corea es Parte del Estatuto de Roma desde el 13 de septiembre de 2002. Las investigaciones de la Corte se producen como consecuencia de los incidentes acontecidos a partir de febrero de 2003 a bordo de aeronaves y buques. El 26 de marzo de 2010 se tiene constancia del hundimiento de buque Cheonan y el bombardeo a la Isla Yeonpyeon el 23 de noviembre de 2010. La Corte está evaluando la posibilidad de que se haya cometido crímenes de guerra en estos episodios. Al respecto véase la declaración de 6 de diciembre de 2010: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/40BB19F9-3193-4A76-9E70-EB8BE39363B3/282744/KoreaEng1.pdf>, Fecha de consulta 30 de enero de 2014.

⁹⁵⁷ De Irak la Fiscalía tiene muchas informaciones y pruebas que constatan la perpetración de crímenes de la competencia de la Corte, pero se apoya en el artículo 15 (6) sobre los criterios de admisibilidad de fuentes fidedignas de los crímenes cometidos para iniciar una investigación, poniendo en entredicho la credibilidad y reputación de las ONGs Amnistía Internacional y Human Rights Watch que han

y Venezuela⁹⁵⁹.

De éstos casos, el más controversial es el de Colombia, donde, a pesar de ser una de las democracias más sólidas de América Latina, existe un conflicto armado interno desde hace varias décadas principalmente entre los grupos armados organizados, las FARC y el ELN, y el Estado. En los últimos años se ha sumado el grupo armado paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y otros grupos o bandas criminales de presunta organización, de política suficiente para cometer crímenes contra la

suministrado la información, inclusive de otros Estados que evita citar. Las razones a nuestro entender es que hay intereses políticos con las grandes potencias que actualmente prestan su apoyo a la estabilización del país, que ha quedado devastado tras la intervención armada de Estados Unidos y sus aliados en 2003, con la posibilidad de perpetración de crímenes de guerra. Sobre la situación véase declaración de 9 de febrero de 2006 en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf, fecha de consulta 27 de marzo de 2014.

⁹⁵⁸ A pesar de los graves crímenes internacionales que se cometen en Palestina entre las distintas facciones políticas y grupos armados organizados, en principio, la decisión de la Fiscalía de iniciar una investigación tiene que ver con la consideración jurídica del territorio como “Estado”, ello a luz del artículo 12 (3) del Estatuto, que señala expresamente la aceptación de la competencia de la Corte, en caso de ser necesario, por un Estado no Parte, pudiéndose realizarse por medio de una declaración ante el Secretario General de la ONU (artículo 125 (2) y (3) del Estatuto, y en caso de duda, decidirá la Asamblea General (artículo 112 (2) (g) del Estatuto). Como he sabido, la mayoría de los Estados de la comunidad internacional no reconocen a Palestina como su igual, en base a ello, será muy difícil sustentarlo, aunque cumpla con los requisitos de población, territorio y estructura, y no podrá ser mientras Palestina e Israel no resuelvan sus diferencias por los territorios palestinos ocupados por Israel desde que se independizó en 1948 y que continuó tras la Guerra de los Seis Días (1967). En ese sentido, Palestina tampoco es Miembro de la ONU, que sólo la reconoce como “Estado observador” desde 2012 (hasta esa fecha había sido reconocida como “entidad observadora”), por tanto, la situación está en manos de la recomendación que al respecto haga el Consejo de Seguridad (al artículo 4 (2) de la Carta), solicitud que ya está en poder de la ONU desde el 23 de septiembre de 2011. Por ello, hasta hace poco se pensaba que en principio la aceptación por la CPI de una declaración de aceptación de jurisdicción de la Corte de un Estado, como lo que representa Palestina, dependía de la decisión del Consejo de Seguridad de la ONU, cuyas resoluciones son obligatorias para todos los Estados que conforman la comunidad internacional. Respecto a la decisión de la Fiscalía sobre estos argumentos véase la declaración de fecha 3 de abril de 2012 en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9B651B80-EC43-4945-BF5A_FAFF5F334B92/284387/SituationinPalestine03041,2ENG.pdf, fecha de consulta 27 de marzo de 2012. Sin embargo, el 2 de enero de 2015 el gobierno Palestino firma su adhesión al Estatuto de Roma, y una vez aceptado el instrumento de ratificación se convirtió en el Estado miembro número 123; este hecho se ha producido en un momento en que, a partir de octubre de 2014, varios Estados europeos comenzaron también a reconocer a Palestina como Estado. Al respecto ver http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/30/actualidad/1414657322_169473.html, fecha de consulta 17 de enero de 2014. Por todo lo anterior, el 16 de enero de 2015 la Fiscal de la Corte procedió a iniciar la investigación preliminar sobre los crímenes por los que se acusa a algunos líderes del Estado de Israel cometidos fundamentalmente durante la última ofensiva de Israel en Gaza (del 8 de julio al 26 de agosto de 2014), ver información en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1083.aspx, fecha de consulta 17 de enero de 2014.

⁹⁵⁹ Venezuela es Parte del Estatuto de Roma de junio del 2000, las informaciones recibidas dan cuenta de crímenes cometidos por el gobierno y fuerzas opositoras, y después de analizarlas ha encontrado que los elementos no satisfacen iniciar una investigación. Véase de 9 de febrero de 2006 en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E2BC725-6A63-40B8-8CDC_ADBA7BCAA91F/143684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf, fecha de consulta 27 de marzo de 2012.

humanidad⁹⁶⁰. Aquí se han producido violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos desde sus inicios, dejando un saldo de cerca de 70.000 personas asesinadas, mayoritariamente civiles, en los últimos dos decenios⁹⁶¹. En todo caso, la Corte es competente a partir del 5 de agosto de 2002, fecha de ratificación de su Estatuto por parte del Estado de Colombia, y para los crímenes de guerra a partir del 1 de noviembre de 2009, de conformidad con la declaración hecha en virtud del artículo 124 del Estatuto al momento su ratificación⁹⁶².

En junio de 2004, el Fiscal de la CPI comenzó a recibir comunicaciones en las que se denuncia la posible perpetración de crímenes de la competencia de la Corte, concretamente de asesinatos, violaciones y otras formas de violencia sexual, torturas, detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas de personas; en correspondencia con ello, el 2 de marzo de 2005 la Fiscalía de la Corte informó al gobierno colombiano que estaba estudiando la situación, por lo que le requirió información, y que diera cuenta de las acciones judiciales penales practicadas en ese sentido⁹⁶³.

El gobierno colombiano ha informado a la Corte de que se ha procesado y condenado a 218 miembros de las FARC y 28 del ELN por crímenes de la competencia de la Corte, entre ellos asesinatos de personas civiles, toma de rehenes, desplazamientos forzados, torturas y reclutamiento de niños. Ha informado además que se ha condenado a líderes superiores de ambos grupos *in absentia*⁹⁶⁴. Asimismo, ha comunicado la condena de 14

⁹⁶⁰ Véase Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012 en: http://www.coljuristas.org/documentos/adicionales/cpi-situacion_en_colombia-2012_nov.pdf, pp. 3 y 8, pars. 7-2.5, fecha de consulta 7 de junio de 2014.

⁹⁶¹ Jiménez Martínez, Custodia, “La Desmovilización de los Paramilitares en Colombia”, en *Actas: IV Jornadas de Estudios de Seguridad*, Miguel Requena (edit.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, Madrid, 22, 23 y 24 de mayo de 2012, pp. 65-85 (65-66).

⁹⁶² Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960, p. 8, par. 24.

⁹⁶³ Evaluando la situación, el Fiscal cree que muchas de las atrocidades cometidas por las FARC, el ELN y grupos paramilitares constituyen crímenes contra la humanidad, cometidos de forma sistemática y generalizada contra la población civil en varias localidades, bajo la modalidad de ataques contra la población civil, traslado forzoso, ejecuciones en masa, violencia sexual, torturas, asesinatos y secuestros o detención ilegal. Las cifras correspondientes a todos estos crímenes son alarmantes, y corresponden a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Amnistía Internacional, OXFAM International y ONGs locales, por lo que se consideran fidedignas. En ese mismo orden, desde 1 de noviembre de 2009, los grupos armados señalados y las fuerzas armadas estatales han cometido presuntamente crímenes de guerra como homicidio, ataques contra personas civiles, torturas y otros tratos crueles, ultraje a la dignidad personal, violación y otras formas de violencia sexual, reclutamiento y alistamiento de niños soldados. Véase Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960, pp. 2, 5, 12-15, 40, pars. 4, 12, 39-47, 123 y ss.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p.5, pars. 12-13.

paramilitares desmovilizados bajo el proceso de paz implementado en la Ley 975 de 25 de julio de 2005 (Ley de Justicia y Paz), y de otros 30 paramilitares, 15 de ellos dentro de la competencia *ratione temporae*, condenados por crímenes de la competencia de la Corte⁹⁶⁵; de otro lado, 207 miembros de las fuerzas armadas estatales han sido sentenciados por asesinatos de personas civiles, y 28 por complicidad o encubrimiento, todos por crímenes de la competencia de la Corte, más 52 condenas a oficiales de diversos rangos por asesinatos de falsos positivos⁹⁶⁶, y unos pocos por violación y otras formas de violencia sexual y desplazamiento forzoso⁹⁶⁷; por último, más de 50 ex congresistas han sido condenados por tener vínculos con los paramilitares, fenómeno conocido como parapolítica⁹⁶⁸. Dicho esto, resulta evidente que el país americano está cumpliendo con el compromiso asumido en el Estatuto de Roma.

Por ello, tras varias visitas al país andino, el Fiscal encontró que la justicia colombiana estaba realizando su labor, y verificó los juicios y procesos abiertos contra militares y políticos responsables de cometer crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y pese a ello, ha revelado que continuará examinando la complementariedad⁹⁶⁹. Es una forma de destacar que el rol de la Corte en la etapa preliminar, sirve también para monitorear, promover y apoyar la actividad judicial contra los principales responsables de los crímenes internacionales más graves de la competencia de la Corte⁹⁷⁰.

En conclusión, la Corte debe velar porque los procesos penales contra los principales responsables sean expeditos, a los fines de evitar que la justicia nacional caiga en

⁹⁶⁵ *Ídem*.

⁹⁶⁶ Personas civiles ejecutadas por miembros de las fuerzas armadas bajo el supuesto de pertenecer a la guerrilla, sin embargo, se trataba de una estrategia para obtener incentivos monetarios por parte del Estado; las fuerzas armadas muchas veces actuaban en conjunto con paramilitares para conseguir sus objetivos. Véase Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960.

⁹⁶⁷ Vid. Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960, pp. 6-7, pars. 17-19, fecha de consulta 7 de junio de 2014.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, p. 6, par. 15.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 65 y 73, pars. 197 y 225. Héctor Olásolo analiza con profundidad si estas investigaciones y procesamientos se consideran satisfactorias a la luz del artículo 15 del Estatuto a los fines de evitar que la CPI sobrepase la línea preliminar y acuse formalmente a los presuntos culpables, el autor ha concluido que ciertamente Colombia ha está cumpliendo. Vid. Olásolo Alonso, Héctor, "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24, 2012, pp. 1-48 (p. 18 y ss).

⁹⁷⁰ En ese orden, el Fiscal ha señalado que, mediante el proceso denominado complementariedad positiva, apoyará investigaciones nacionales por crímenes que no formen parte de la competencia de la Corte, es decir, delitos menos graves y autores de menor rango, vid. Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960, p. 66, par. 204, fecha de consulta 7 de junio de 2014.

retaliación, es así porque la pasividad puede degenerar en impunidad y falta de acción para actuar⁹⁷¹. La situación colombiana ante la Fiscalía de la Corte sigue siendo excepcional porque ha demostrado, por un lado, que tiene interés de actuar, y, por otro lado, ha evitado caer en un uso excesivo del principio de complementariedad, cuando se ha percatado del esfuerzo del gobierno y las autoridades judiciales del país en - a pesar de las dificultades políticas, administrativas y judiciales que están teniendo - perseguir y continuar procesando penalmente a un gran número de individuos responsables de cometer crímenes internacionales, sin importar su condición o estatus social. Pero como opina la Corte, las autoridades deben seguir tomando medidas encaminadas a dar prioridad a los casos más graves⁹⁷², porque son quienes más daño y sufrimiento han causado a las víctimas, sin perjuicio de otros casos esencialmente graves, pero que por su naturaleza no afectan a la comunidad internacional en su conjunto.

⁹⁷¹ Jiménez Martínez, Custodia, “La Desmovilización de los Paramilitares en Colombia”, *loc. cit. supra* en nota 961, p. 66.

⁹⁷² Vid. Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960, pp. 65 y ss., pars. 97 y ss.

CAPÍTULO V.- VIOLACIONES GRAVES Y LA COMPLEJA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Las violaciones graves del derecho internacional humanitario, que ahora se tiene plena conciencia que suponen también algunas prohibiciones señaladas en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, lo son porque atacan derechos esenciales de la comunidad internacional en su conjunto, pues, y en modo directo atentan contra la vida y la integridad del ser humano. En un conflicto armado interno, las violaciones graves pueden manifestarse a través de la perpetración de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, los cuales forman parte del cúmulo de actos que el derecho internacional penal actual está llamado a sancionar.

En los conflictos armados internos actuales el derecho internacional humanitario continúa violándose sistemáticamente, de tal manera que a más de diez años de entrada en funcionamiento la CPI en julio de 2002, la persecución internacional del crimen se encuentra en un proceso muy activo. Por ello, en el presente capítulo se analiza el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, provenientes para el caso que nos ocupa de la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, para lo que aplicaremos la definición y elementos constitutivos como se prevé en el ECPI y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, y en ocasiones por el tribunal mixto para Sierra Leona, los cuales, siguiendo nuestro eje de análisis reafirmaron la responsabilidad internacional penal del individuo en el contexto de los conflictos armados internos.

I. Protección de bienes jurídicos esenciales individuales en la persecución internacional de individuo por comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario

Podríamos definir los bienes jurídicos esenciales individuales en derecho internacional como aquéllos que están estrechamente vinculados al interés común de los Estados, pero que afectan directamente a los individuos, aquéllos cuya violación lesiona a la comunidad internacional en su conjunto. El concepto de bienes jurídicos es una derivación de la concepción filosófica introducida por el alemán Johann Michael Franz Birnbaum acerca del bien jurídico protegido por el Estado y el derecho lesionado, según

la cual un derecho lesionado por el individuo que delinque afecta a toda la sociedad, y no sólo a la persona lesionada directamente, como apuntaba Paul Johann Anselm Feuerbach, partidario de un derecho lesionado más privado que colectivo, es decir, un bien jurídico protegido sí, pero individual⁹⁷³. Dentro de estos bienes jurídicos protegidos podemos citar algunos como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la integridad física, al honor, etc.

En el derecho internacional, entendido como un conjunto de normas presentes en los tratados internacionales, la costumbre internacional, la jurisprudencia y la doctrina, que regulan las relaciones entre los Estados y otros sujetos, los bienes jurídicos citados también se consideran esenciales y vitales para la convivencia pacífica entre las naciones civilizadas, todos en el marco de la protección de los derechos humanos fundamentales, y por antonomasia, del derecho internacional humanitario en tiempo de guerra. De ahí que para preservar esos derechos en el ordenamiento internacional, la soberanía del Estado se encuentra limitada, lo cual se hace necesario para mantener la paz y seguridad internacionales, pudiendo la comunidad internacional intervenir en situaciones de verdadera catástrofe humana, como salvaguardia de esos derechos o bienes jurídicos.

Cabe puntualizar que, inclusive en situaciones de conflicto armado, el Estado es y debe ser siempre el garante de la protección de los derechos humanos fundamentales, y una forma de hacer efectivo ese compromiso es ir promoviendo el cumplimiento del derecho internacional humanitario, depurando responsabilidades cuando se infringen sus normas, sin lo cual se amenazaría su existencia, porque los bienes jurídicos además ser bienes propios de los individuos⁹⁷⁴ lo son también del Estado como nación. De manera que el ordenamiento jurídico internacional en lo que tiene que ver con los sistemas de protección de los derechos humanos y el cumplimiento del derecho internacional humanitario, se comporta como vigía de esa función imperativa del Estado de perseguir a los responsables de violar sus normas, puesto que las normas que prohíben cometer crímenes internacionales forman parte de obligaciones *erga omnes*, y solo cuando sea absolutamente necesario, porque el Estado no puede o no quiere juzgar a los

⁹⁷³ Abanto Vázquez, Manuel A., “Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos”, en *Revista Penal*, n. 18, 2006, pp. 3-44 (2- 3).

⁹⁷⁴ Alija Fernández, Rosa Ana, *La persecución como crimen contra la humanidad*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011, p. 219.

responsables de las atrocidades cometidas, la comunidad internacional debe intervenir en defensa del orden social como *ultima ratio*⁹⁷⁵, en los casos más graves, como proclama el mismo Estatuto de Roma, según fue consagrado.

Así pues, la rama del derecho internacional que se encarga de tutelar y sancionar la ofensa del bien común, concretamente en tiempo de guerra, es el derecho internacional penal, que tipifica la conducta punible del derecho lesionado bajo la forma de crímenes internacionales. Y, si bien es cierto que estos crímenes en su mayoría se pueden cometer en tiempo de paz y de guerra, en la presente investigación hacemos alusión a los cometidos durante un conflicto armado, concretamente de carácter interno. De ahí que la protección de estos bienes jurídicos esenciales bajo el sistema de protección de los derechos fundamentales se inscribe dentro de los llamados bienes jurídicos globales humanitarios⁹⁷⁶.

Por consiguiente, la comunidad internacional a través del derecho internacional penal ha agrupado los crímenes internacionales más graves en cuatro grandes bloques: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y agresión. Para proseguir con la línea conductual que nos hemos propuesto, trataremos de dar luz a aquellos que se cometen durante un conflicto armado interno, partiendo en primer orden de su concepción como violaciones graves al *derecho de gentes* en los conflictos armados internos. Los crímenes de referencia, excluyendo por supuesto el de agresión, han alcanzado un mayor protagonismo en la Posguerra Fría, porque precisamente se cometen durante la existencia de conflictos armados internos, conflictos éstos que se han producido de manera galopante en los últimos decenios del período citado, y aún subsisten en muchas partes del mundo, sobre todo en regiones de mayor desequilibrio institucional, pobreza, alto índice de desigualdad social y gobiernos poco democráticos, propios de los países subdesarrollados.

⁹⁷⁵ Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 28-29.

⁹⁷⁶ Carrillo Santarelli, Nicolás and Espósito, Carlos, “The Protection of Humanitarian Legal Goods by National Judges”, en *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2013, pp. 67-96 (70).

II. Violaciones graves del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internos

Una de las consecuencias fatídicas de la Segunda Guerra Mundial la constituyó el número de muertes provocadas, cerca de 50 millones aproximadamente, de los cuales 28 millones se consideraron personas civiles y 22 millones de soldados enemigos⁹⁷⁷. Ello llevó a reflexionar sobre la prohibición de la comisión de ciertas conductas y métodos de combate reprochables, dando origen a la adopción de los Convenios de Ginebra de 1949, que tipificaron algunos actos como violaciones graves a las leyes y costumbres de la guerra, conocidas como crímenes de guerra⁹⁷⁸.

Por aquel entonces, se había entendido que las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 solo tenían cabida en los llamados conflictos armados internacionales, y tan sólo un puñado de ellas, pues no todas las normas que prohibían ciertas conductas se tipificaron como graves, de ahí su imprecisión⁹⁷⁹; se consideraron como graves las violaciones a los artículos 50 (Primer Convenio), 51 (Segundo Convenio), 130 (Tercer Convenio), y 147 (Cuarto Convenio). La regulación de los conflictos armados internos a través del artículo 3 común fue muy tímida debido al apego irrestricto de los Estados a su soberanía, así como a la falta de práctica de los Estados, inclusive de voluntad para reprender los crímenes más graves⁹⁸⁰, lo cual constituyó la base del problema para equiparar conductas similares a las cometidas en conflictos armados internacionales.

A pesar de ello, la regulación de los conflictos armados internos supuso el primer paso para prohibir la comisión de actos contrarios al *derecho de gentes*, hoy día considerados tan inhumanos como las conductas formuladas en los artículos citados referentes a las violaciones graves de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, la falta de mención explícita en el artículo 3 común sobre la gravedad de sus infracciones, la presumían fuera de ese régimen, en todo caso, se pudo acordar en los cuatro Convenios

⁹⁷⁷ Ghandi, A. K., *The Second World War: The Complete Story*, Dynamic Publications Ltd., India, 2002, pp. 24 y 25.

⁹⁷⁸ Fleck, Dieter, "Shortcomings of the Grave Breaches Regime", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 833-854 (834); Henckaerts, Jean-Marie, "The Grave Breaches Regime as Customary International Law", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 683-701(689).

⁹⁷⁹ Stewart, James G., "The Future of the Grave Breaches Regime: Segregate, Assimilate or Abandon?", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 855-877 (857).

⁹⁸⁰ Dörmann, Knut, and Geib, Robin, "The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 703-721 (704).

que las Partes en conflicto tomarán todas las medidas necesarias para que cesen los demás actos contrarios a los mismos, aun si no se considerasen como graves (artículo 49 del Primer Convenio, artículo 50 del Segundo Convenio, artículo 129 del Tercer Convenio, y artículo 146 del Cuarto Convenio); de esa manera se conminó a los Estados a legislar sobre la materia como forma de reprimir las conductas contrarias a todas las disposiciones de los Convenios, quedando establecida la jurisdicción universal para las más graves⁹⁸¹.

En definitiva, se tenía por entendido que los actos contrarios al artículo 3 común carecían de gravedad y de responsabilidad internacional penal individual⁹⁸², pero debían ser evitados por las Partes involucradas. Los Convenios fueron completados con los Protocolos Adicionales I y II de 1977, el Primero, para ser aplicado en los conflictos armados internacionales, cuyos artículos 11, 44, 45, 73 y 85 (3) (4) refrendan el carácter grave de ciertas conductas, y el segundo, para ser aplicado a los conflictos armados internos, pero de la misma manera que en el artículo 3 común, sin hacer especificaciones a violaciones graves.

Existían dos factores además del predominio de la soberanía del Estado que impedían equiparar algunas violaciones del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II a las tenidas como graves en los cuatro Convenios y el Protocolo Adicional I para el tiempo de su adopción: en primer lugar la tipología del conflicto, pues los conflictos armados internacionales se consideraban más dañinos y sangrientos, porque las Partes involucradas generalmente eran los Estados, por lo que el enemigo intentará destruir a la población de su adversario por cualquier medio posible para ganar la guerra e infligir el mayor daño posible; en cambio, en los conflictos armados internos, es la propia población del Estado la que estaba involucrada, suficiente para que carezca de la idea de destrucción total del territorio o población, y en segundo lugar, las disposiciones relativas al modo de represión de las normas violadas difieren en ambas categorías de conflictos armados, mientras en los internacionales es una obligación del Estado encausar a los culpables de haber cometido una violación grave o ponerlo a disposición de otro Estado para que sea procesado por ello, activándose de ese modo la

⁹⁸¹ O’Keefe, Roger, “The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 811-831 (813-814).

⁹⁸² Plattner, Denise, “The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-International Armed Conflicts”, en *IRRC*, vol. 30, n. 278, 1990, pp. 409-420 (414).

responsabilidad internacional penal del individuo mediante la jurisdicción universal, en los conflictos de carácter interno el artículo 3 común no contempla ninguna fórmula, y el Protocolo Adicional II, a pesar de que hace referencia a las diligencias penales, evade detallar las medidas a tener en cuenta para hacer posible la responsabilidad internacional penal individual, así como lo atinente a imposición de penas por la violación de sus normas⁹⁸³, por lo que se minimizó el impacto de los actos que se pudieran llegar a cometer, no obstante, se sentaron las bases para sostener una posible responsabilidad internacional penal individual por la comisión de esos delitos⁹⁸⁴.

Sin embargo, los conflictos armados internacionales disminuyeron drásticamente durante la Segunda Posguerra y proliferaron los conflictos armados internos, por lo que la percepción sobre la perpetración de violaciones graves cometidas en estos conflictos así como la responsabilidad internacional penal del individuo sobrevenida fueron cambiando paulatinamente al caer la Guerra Fría, dejando al descubierto, por un lado, la debilidad del sistema de violaciones graves, extremando la necesidad de una ampliación de la misma⁹⁸⁵, y por otro lado, la consideración como violaciones graves las de las normas mínimas establecidas en el artículo 3 común y otras tantas de los usos y costumbres de la guerra recogidas en el Protocolo Adicional II. El desencadenamiento del conflicto armado en la antigua Yugoslavia en 1991 fue el primer caso relevante al comprometerse las facciones enfrentadas en Bosnia-Herzegovina, con los auspicios del CICR, a aplicar el régimen de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949⁹⁸⁶. Ello, como una forma de extender las normas aplicables de los conflictos armados internacionales a los conflictos armados internos.

Pese a la diversidad de conflictos armados en la antigua Yugoslavia, el Estatuto del TPIY recién creado por el Consejo de Seguridad de la ONU, obvió hacer referencia al artículo 3 común y al Protocolo Adicional II como parte de su competencia. Esta idea

⁹⁸³ Moir, Lindsay, "Grave Breaches and Internal Armed Conflicts", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 763-787 (765).

⁹⁸⁴ Meron, Theodor, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 102.

⁹⁸⁵ Fleck, Dieter, "Shortcomings of the Grave Breaches Regime", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 833-854 (837).

⁹⁸⁶ Greenwood, Christopher, "International Humanitarian Law and the Tadic Case", *loc. cit. supra* en nota 357, pp. 268-272. Sobre el compromiso en los acuerdos firmados confirmese en lo señalado por la Sala de de Apelaciones: *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 73-74.

iba en consonancia con el pronunciamiento del CICR el 25 de marzo de 1993⁹⁸⁷, quien alegaba que en el estado actual del derecho internacional humanitario los crímenes de guerra sólo pueden cometerse en los conflictos armados internacionales, separándose de la idea de una extensión de normas o de enfatizar el carácter grave de las normas que hacen referencia al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II. En forma similar se manifestó la Comisión de Expertos creada por el Consejo de Seguridad para investigar las atrocidades cometidas en la antigua Yugoslavia, alegando que éstas sólo pueden cometerse en los conflictos armados internacionales; inclusive puso en duda la existencia de un derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados internos y consideró que los delitos cometidos durante un conflicto armado interno carecen de jurisdicción universal, exceptuando por supuesto los crímenes contra la humanidad y genocidio⁹⁸⁸.

La reacción de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Dusko Tadic* evitó ser tan contundente, y se apartó de la reflexión que hace referencia a la existencia de un derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados internos, así como una extensión de normas aplicadas en los conflictos armados internacionales a los internos, concretamente el régimen de violaciones graves, y, en cuanto al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, resaltó que sus disposiciones carecen de un derecho consuetudinario que le otorgue jurisdicción universal en término de violaciones graves, por lo que su aplicación es discutible. En ese sentido, invocó algunas prácticas estatales como cambio de tendencia que hacían alusión a las violaciones graves de dicho artículo, como el Código Militar del Ejército Alemán, la Ley Provisional sobre Conflicto Armado de Nueva Zelanda, el Manual de Campo del Ejército de Estados Unidos y el Manual de Derecho Militar de Reino Unido⁹⁸⁹, y, por otro lado, apuntó que la renuencia de los Estados a otorgar jurisdicción universal a los delitos cometidos durante un conflicto armado interno no alteraba la gravedad de ciertos actos; del mismo modo, hizo referencia al *amicus curiae* presentado por Estados Unidos, quien sostuvo que el régimen de infracciones graves se aplica en ambas categorías de conflictos armados⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ Meron, Theodor, "International Criminalization of Internal Atrocities", *loc. cit. supra* en nota 681, p. 559.

⁹⁸⁸ Commission of Experts's Final Report (S/1994/674), 27 May 1994, par. 42.

⁹⁸⁹ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 131.

⁹⁹⁰ *Idem* pars. 80 y ss. Otros países como Suiza y los Países Bajos tienen legislación por la que proclaman su jurisdicción universal para conocer de los delitos cometidos bajo el artículo 3 común. Vid. Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, p. 88. Al poco

Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad internacional penal individual por violación del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internos, la Sala de Apelaciones puso el ejemplo del llamamiento del Consejo de Seguridad de la ONU en el conflicto armado en Somalia donde recordaba que quienes cometiesen violaciones del derecho internacional humanitario son penalmente responsables por ello⁹⁹¹. Todo ello viene a significar un cambio de tendencia gradual, concretamente respecto a la consideración como violaciones graves de los principales delitos enunciados en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II. De la misma manera, en el estado actual del desarrollo del derecho internacional humanitario junto a la criminalización de la barbarie, la aplicación de la institución de la responsabilidad internacional penal por violaciones consideradas graves por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I, se está poniendo en evidencia cada vez más sin importar el contexto del conflicto armado donde se produzca, como sostuvo el juez Abi-Saab en su opinión separada⁹⁹².

Por consiguiente, lejos de establecer una categoría nueva de violaciones graves para ser aplicadas en los conflictos armados internos, ambos tribunales internacionales se apoyaron en el objeto y fin de los Convenios de Ginebra, es decir, brindar una mayor

tiempo de que el TPIY hiciera referencia a la gravedad de los actos cometidos bajo el artículo 3 común, algunos Estados de referencia pusieron en práctica su legislación, y acogiéndose al principio de jurisdicción universal fueron procesadas personas acusadas de algunos delitos graves, por ejemplo, la Corte del Distrito de La Haya de los Países Bajos condenaron en 1999 a dos ciudadanos afganos, un antiguo jefe de seguridad militar y Viceministro de Seguridad del Estado y un alto oficial de la inteligencia militar, que habían entrado al país solicitando asilo político, y después de 7 años de investigación e interrogatorios fueron encontrados culpables de haber cometido tortura y otros tratos inhumanos contra civiles afganos en el conflicto armado ocurrido entre 1978 a 1982, por lo que fueron sentenciados a doce y nueve años de prisión respectivamente; vid. Al respecto Mettraux, Guénaël, “Dutch Courts’ Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3 *qua* War Crimes”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 2, 2006, pp. 362-371 (363 y 364)), y para otro caso de relevancia vid. Van Den Herik, Larissa, “A Quest for Jurisdiction and an Appropriate Definition of Crime: Mpambara before the Dutch Courts”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 5, 2009, pp. 1117-1132. También un tribunal militar de Suiza condenó en 1999 a un ex alcalde de la Provincia Gitarama de Ruanda por crímenes contra la humanidad, los referidos en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, y por otro lado, por crimen de genocidio (vid. La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, loc. cit. supra en nota 72, pp. 253); asimismo, están los tribunales belgas, que han procesado a varios responsables de haber cometido violaciones graves al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II durante el conflicto armado ocurrido en la primavera de 1994, por la que murieron varios oficiales belgas de las Fuerzas de Mantenimiento de la paz de la ONU en Ruanda (vid. Reydam, Luc, “Belgium’s First Application of Universal Jurisdiction: the *Butare Four* Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 2, 2003, pp. 428-436).

⁹⁹¹ Resoluciones S/RES/794, de 3 de diciembre de 1992 y S/RES/814, de 26 de marzo de 1993. Vid. *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, loc. cit. supra en nota 64, par. 133.

⁹⁹² *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1), Appeal Chamber, Separate Opinion... loc. cit. supra en nota 350.

protección humanitaria a las víctimas de la guerra sin importar la naturaleza del conflicto armado⁹⁹³, y fue en el caso *Delalic'* donde finalmente la Sala de Apelaciones de TPIY reconoció que inclusive el artículo 3 común se aplica en los conflictos armados internacionales⁹⁹⁴, y por consiguiente dentro del artículo 3 del Estatuto del Tribunal sobre violaciones a las leyes y usos de la guerra⁹⁹⁵. Dicho pronunciamiento sigue la línea marcada por la sentencia de la CIJ en el caso *Nicaragua* afirmando que dicha norma mínima se aplica indistintamente de la tipología del conflicto armado⁹⁹⁶. Es así porque, tal como hemos apuntado, los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad (en sus múltiples modalidades)⁹⁹⁷ y de genocidio que se cometen en los conflictos armados internos, ocurren con la misma intensidad y gravedad que los cometidos en los conflictos armados internacionales, haciendo insostenible, como apunta el profesor Lindsay Moir⁹⁹⁸, que los responsables queden exentos de responsabilidad internacional penal por el simple hecho de tener la misma nacionalidad de la víctima; por lo que carece de sentido lógico limitar la jurisdicción de estos crímenes únicamente a la jurisdicción interna de los Estados azotados por luchas internas y con alto índice de impunidad de sus infractores.

Con la adopción del Estatuto de Roma se quiso evitar la falta de mención expresa de esta dicotomía jurídica en lo referente a las violaciones graves, subrayando los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados internos como parte de su competencia en artículo 8 (2) (c) y (e), es decir, los que hacen referencia tanto al artículo 3 común como a otras violaciones graves a las leyes y usos de la guerra aplicables en los conflictos armados que no sean de carácter internacional⁹⁹⁹. Ello se antepuso a facilitar,

⁹⁹³ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 84. Para reforzar la tesis sobre un cambio de tendencia véase la opinión separada del juez Abi-Saab en *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1), Appeal Chamber, Separate Opinion... *loc. cit. supra* en nota 350; en otro hecho similar, véase *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, p. 76, par. 202.

⁹⁹⁴ *Prosecutor v. Zejnil Delalic' et al* (IT-96-21-A) (*Celebici*), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 427, pp. 42-46, pars. 140-150.

⁹⁹⁵ *Idem*, pp. 41-42, par. 137.

⁹⁹⁶ Vid. CIJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities..., *loc. cit. supra* nota 47, par. 220, p. 114.

⁹⁹⁷ Dentro de los delitos enunciados en el artículo 3 común coincidentes con las violaciones graves de los cuatro Convenios están: homicidio, tortura, atentados contra la vida y la integridad personal (mutilaciones), tratos crueles e inhumanos, toma de rehenes, pillaje, condenas dictadas sin juicio previo.

⁹⁹⁸ Moir, Lindsay, "Non-International Armed Conflict and Guerrilla Warfare", en *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, M. Cherif Bassiouni (edit), Martinus Nijhoff Publishers, Third Edition, Neatherland, vol. I, 2008, pp. 323-354 (331).

⁹⁹⁹ La decisión se considera trascendental, pues la CDI había evitado incluir como parte de los crímenes de guerra tanto las disposiciones pertinentes al artículo 3 común como las del Protocolo Adicional II en el

en cierto modo, la labor a realizar por la CPI cuando tenga que hacer frente a la caracterización de un conflicto armado, que en última instancia tendrá que fijar posición más bien sobre la responsabilidad individual por los crímenes cometidos que a la participación de terceros Estados durante un conflicto determinado, en cuyo caso contrario, será más complicada la búsqueda de informaciones y recaudación de pruebas, dificultando, por tanto, la caracterización del conflicto¹⁰⁰⁰.

En todo caso, la influyente práctica estatal de cerca de 54 Estados para catalogar como graves ciertas violaciones del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, así como su institucionalización en el ECPI, sugieren que el advenimiento de un cambio trascendental en el derecho internacional humanitario se está produciendo¹⁰⁰¹, disminuyendo cada vez más algunas diferencias en los diferentes tipos de conflictos armados¹⁰⁰².

III. Comisión de violaciones graves en los conflictos armados internos que derivan en genocidio, crímenes contra humanidad y crímenes de guerra

Los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio contribuyeron a tipificar los principales crímenes internacionales por los que se sustenta el derecho internacional penal actual, pero fueron los procesos penales llevados contra los principales criminales del Eje (Alemania, Japón e Italia) los que permitieron configurar y desarrollar sus elementos constitutivos; nos referimos especialmente a los crímenes contra la humanidad (incluyendo el genocidio, bajo la modalidad de exterminio)¹⁰⁰³ y los

artículo 20 del Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1994. Al respecto véase Doc. A/49/10, (A/CN.4/SER.A/1994/Add.1(Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 762, comentarios del artículo 20, pp. 40-44.

¹⁰⁰⁰ Sin embargo, la CPI tendrá que lidiar con las imputaciones respecto a las violaciones graves que se cree fueron cometidas durante la existencia de un conflicto armado interno o en el contexto de tensiones internas y disturbios interiores, como ha sido el caso de la actuación del Fiscal de la Corte por los hechos ocurridos después de las elecciones presidenciales de diciembre de 2007 en Kenia, en las que no se cumplieron los presupuestos necesarios para calificar la situación como conflicto armado, y por tanto las normas violadas caen dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad fuera del contexto de conflicto armado.

¹⁰⁰¹ Solis Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict*..., *loc. cit. supra* en nota 72, p. 101.

¹⁰⁰² Armstrong, David y otros, *International Law and International Relations*, Cambridge University Press, New York, Second Edition, 2012, p. 200.

¹⁰⁰³ Como el término no había sido acuñado aún en ningún tratado o convenio internacional, el crimen de genocidio en el Estatuto del tribunal de Nüremberg de 1945 se considera estuvo presente en la modalidades de exterminación y asesinatos o persecución por motivos políticos, raciales o religiosos. La CDI cree que la segunda categoría de los crímenes en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, es decir, el de persecución, guarda semejanza con el actual crimen de genocidio de hoy día. Vid. Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, comentarios acerca del artículo 17 sobre genocidio, p. 48, par. 2.

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁰⁰⁴.

Fueron los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda los que terminaron por moldear la estructura de estos crímenes, esencialmente en los conflictos armados internos, al abrirse el debate sobre la extensión y/o aplicación del régimen de infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I, o la calificación como violaciones graves (crímenes de guerra) algunas prohibiciones contenidas en el artículo 3 común y el Procotolo Adicional II. Los mismos han hecho posible definir de manera más precisa y detallada los elementos constitutivos del crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

Si bien el genocidio y los crímenes contra la humanidad se pueden cometer tanto en tiempo de paz como de guerra, en la presente investigación hacemos alusión a ellos partiendo de que todos los actos por los que de ellos se derivan constituyen infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I si se cometen durante un conflicto armado internacional. También cuando dichos crímenes son perpetrados durante un conflicto armado interno, todos los actos que les dan origen constituyen violaciones graves del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II¹⁰⁰⁵.

Además, es necesario destacar que la tipificación de ciertas conductas calificadas como genocidio y crímenes contra la humanidad ha tenido mayor desarrollo normativo a través de la jurisprudencia y la doctrina cuando se han tenido que analizar casos que tuvieron lugar durante un conflicto armado. Son, pues, el genocidio y los crímenes contra la humanidad cometidos durante un conflicto armado interno violaciones graves del derecho internacional humanitario¹⁰⁰⁶, considerados a su vez como violaciones

¹⁰⁰⁴ Después de su aparición en el Estatuto del Tribunal, ha quedado configurado como crimen de agresión.

¹⁰⁰⁵ Vid. CICR, “El genocidio: reseña histórica de un ‘crimen grave’”, 29-03-2004, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5xsgsu.htm>, fecha de consulta 22 de febrero de 2015; Graditzky, Thomas, “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario...”, *loc. cit. supra* en nota 570.

¹⁰⁰⁶ El TPIR señaló que todos los crímenes bajo el Estatuto son violaciones graves del derecho internacional humanitario. Vid. *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-A), Appeals Chamber, Judgement (Reasons), 1 June 2001, p. 137, par. 367. Vid. Artículo 1 del Estatuto del TPIR.

graves de los derechos humanos en tanto que el perpetrador se propone atacar el honor y la dignidad del ser humano.

Recalcar, asimismo, que hasta que se empezaron a examinar los distintos tipos de crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia los únicos de ellos vistos como violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos durante un conflicto armado interno lo constituían el genocidio y los crímenes contra la humanidad¹⁰⁰⁷, sin embargo, hoy es sabido que también durante el desarrollo de ese tipo de conflicto se pueden cometer crímenes de guerra. Razones como las señaladas nos invitan a analizar el desarrollo actual a través de jurisprudencia y la doctrina los tres tipos de crímenes señalados cometidos en el contexto de un conflicto armado interno.

1. Persecución del crimen de Genocidio: desarrollo actual

Se suele considerar el crimen de genocidio como el más grave de los crímenes internacionales objeto de persecución universal, y como el que más daño ha causado a la humanidad, y lo es por la ferocidad con que el responsable comete los actos contra personas civiles, sobre todo durante un conflicto armado¹⁰⁰⁸. El mismo emergió como un delito de lesa humanidad al ser incluido en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg para ser imputado a los principales responsables de la masacre de unos seis millones de judíos europeos aproximadamente, de un total de doce millones de víctimas asesinadas

¹⁰⁰⁷ Graditzky, Thomas, “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario...”, *loc. cit. supra* en nota 570; David, Eric, “Le Tribunal International Pénal Pour L’Ex – Yougoslavie”, en: *Revue Belge de Droit International*, vol. 25, n. 2, 1992, pp. 565-598 (574-575); Informe final de la Comisión de Expertos, S/1994/674, de 27 de mayo, p. 13, par. 42.

¹⁰⁰⁸ El TPIR lo ha definido como el crimen de los crímenes, vid. *Prosecutor v. Jean Kambanda* (ICTR 97-23-s), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 4 September 1998, par. 16; *Prosecutor v. Omar Serushago* (ICTR 98-39-S), Trial Chamber I, Sentence, 5 February 1999, par. 15. La Sala de Apelaciones añadió que si bien el genocidio es uno de los crímenes más graves, no existe una jerarquía en el Estatuto del Tribunal, por lo que todos los delitos constituyen violaciones graves del derecho internacional humanitario, vid. *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1006, p. 137, par. 367 y, *Prosecutor v. Laurent Semanza* (ICTR-97-20-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 15 May 2003, p. 167, par. 555. Por otra parte, para el TPIY la condena del crimen de genocidio merece especial interés porque es de los más graves, pues sus autores quieren privar a la humanidad de sus múltiples nacionalidades, razas, etnias y religiones. Vid. *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-A), Judgement, Appeals Chamber, 19 April 2004, p. 12, par. 36. El profesor Willian Schabas sugiere que la expresión crimen de los crímenes significa que sí existe una jerarquía, vid. A. Schabas, Willian, “Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?”, en: *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 287-302 (290); también P. Sherrer, Christian, “Towards a Theory of Modern Genocide. Comparative Genocide Research: Definitions, Criteria, Typologies, Cases, Key Elements, Patterns and Voids”, en *Journal of Genocide Research*, vol. 1, n. 1, 1999, pp. 13-23 (14).

a manos de la Alemania Nazi durante Segunda Guerra Mundial¹⁰⁰⁹. El término “genocidio” fue introducido por primera vez por el polaco Raphael Lemkin en su obra “Axis Rule Occupied Europe”, y se entendió como el exterminio de grupos raciales, nacionales o religiosos, que incluían especialmente a los judíos, gitanos y polacos¹⁰¹⁰.

Sin embargo, la institucionalización del término “genocidio” comenzó con los trabajos de la Asamblea General de la ONU, especialmente con la destacada Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, donde criminaliza la comisión de genocidio y lo define como un crimen de derecho internacional que todas las naciones deben evitar y condenar. Acorde con una posterior definición, la Asamblea General señala que muchos ejemplos de ese crimen han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos o políticos han sido destruidos parcial o totalmente, por lo que invita a los Estados a promover leyes para perseguir y castigar a los responsables de ese crimen dentro del ámbito de la cooperación internacional; y, como parte de ello, exhorta al Consejo Económico y Social a elaborar un Proyecto de Convención para ser aprobado en una de las sesiones plenarias.

La Convención fue aprobada el 9 de diciembre de 1948 por medio de la renombrada Resolución 260 (III), quedando los Estados llamados a la firma y ratificación; la misma le da al crimen de genocidio autonomía propia, quedando de esta manera separado de los crímenes contra la humanidad¹⁰¹¹. Define el genocidio como un crimen de derecho internacional que persigue la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, cuando se comete por medio de: a) matanza de miembros de un grupo, b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, y d) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Como punto importante se destaca el deber de los Estados de prevenir y sancionar el crimen, siendo para ello competentes los tribunales del Estado de la comisión del delito o una corte penal internacional a la que los Estados Partes le hayan otorgado jurisdicción.

¹⁰⁰⁹ Berger, Thomas U., *War, Guilt, and World Politics After World War II*, Cambridge University Press, United States of America, 2012, p. 38.

¹⁰¹⁰ Lemkin, Raphael, “Genocide as a Crime under International Law”, en *AJIL*, vol. 4, n. 1, 1947, pp. 145-151 (147).

¹⁰¹¹ Barboza, Julio, “International Criminal Law”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 278, The Hague, 1999, pp. 13-199 (41).

Como se ha podido observar, hacia el final de la Guerra Fría, y desde 1948, la comunidad internacional había contado ya con una Convención Internacional que tipificaba y sancionaba el crimen de genocidio, como una manera de contribuir a evitar nuevas atrocidades como las cometidas por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial. Por tanto, la regulación internacional del genocidio, proveniente, por un lado, de la experiencia del Estatuto y jurisprudencia del Tribunal de Nüremberg, y por otro, de la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, dio carácter imperativo a esa prohibición, declarándola la CIJ parte del derecho internacional consuetudinario y por tanto vinculante para los Estados, hayan o no ratificado la Convención¹⁰¹².

La Convención fue adoptada abarcando dos tipos de responsabilidades u obligaciones: la responsabilidad internacional penal individual y la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, sobrevenida ésta de la obligación de prevenir, sancionar y abstenerse de cometer el crimen¹⁰¹³. Se pretendía que ello influyera a evitar nuevos episodios de genocidio durante la Guerra Fría.

No obstante, tras el final de la Guerra Fría, en junio de 1991, comienza la desintegración de la antigua Yugoslavia, con una fuerte represión del ejército serbio hacia las repúblicas secesionistas, que, entre otras violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, acabó por cometer genocidio, contraviniendo de esta manera la citada Convención sobre genocidio. El Consejo de Seguridad de la ONU estableció en 1993 el TPIY para sancionar a las personas

¹⁰¹² ICJ, Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, May 28, 1951, par. 23.

¹⁰¹³ CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro*, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention..., *loc. cit. supra* en nota 156, pars. 163 y 173. La Corte encontró que Serbia no cometió genocidio en Bosnia-Herzegovina (en la República de Srebrenica), en julio de 1995, ni fue cómplice ni instigó a cometerlo; pero sí la encontró culpable evitar prevenirlo, todo ello de acuerdo a las obligaciones derivadas de la Convención contra el genocidio. Sobre la discusión véase Cassese, Antonio, *Cassese's International Criminal Law*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, New York, 2013, p. 112 y Cassese, Antonio, "On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 4, 2007, pp. 875-887 (877). Previo a la sentencia de la CIJ de 2007, el TPIY ya había realizado la primera condena individual por la comisión de genocidio en Srebrenica contra Radislav Krstic, vid. *Prosecutor v. Radislav Krstic* (IT-98-33-T), Judgement, Trial Chamber, 2 August 2001. También véase la reciente sentencia de la CIJ sobre Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 3 February 2015, en la que ningunos de los Estados fue encontrado culpable de la comisión de genocidio.

individualmente responsables. Paralelamente, el Consejo de Seguridad estableció en 1994 el TPIR para sancionar también a los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, incluyendo el genocidio.

Por consiguiente, ambos tribunales, sobre todo el de Ruanda, por la comisión explícita del delito, se vieron en la imperiosa necesidad de analizar los elementos constitutivos más característicos del genocidio de acuerdo a la citada Convención, la doctrina y la jurisprudencia, a saber: a) el elemento objetivo conocido como *actus reus*, que consiste en cometer uno o varios actos materiales constitutivos de genocidio contra los grupos protegidos, como la matanza, lesión grave a la integridad física o mental, sometimiento del grupo a condiciones que puedan acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y traslado por la fuerza de niños a otro grupo, y b) el elemento subjetivo, conocido como *mens rea*, es decir, la intención dolosa para cometer el delito, comprendiendo por un lado, la intención para cometer cualquiera de los actos enunciados, y, por otro lado, la intención de destrucción parcial o total de los miembros del grupo (*dolus specialis*).

2. Actus Reus: perpetración de cualquiera de los delitos constitutivos de genocidio

Antes de comenzar a detallar los aportes de la jurisprudencia y la doctrina al respecto, es preciso destacar qué se entiende por grupos protegidos. La primera cuestión consiste en analizar la pertenencia o no a un determinado grupo, que de acuerdo a la Convención puede ser nacional, étnico, racial o religioso. Por consiguiente, un grupo se identifica por la distinción que a tal efecto se estableció en la citada Convención, sin que se considere necesario los deseos propios de cada individuo de ser incluido en uno de los grupos de referencia, aunque sí puede ser relevante la autoidentificación, como se irá estudiando. La jurisprudencia del TPIR en el caso *Kayishema y Ruzindana*, define los grupos protegidos como sigue: étnicos son aquéllos cuyos miembros comparten una lengua y cultura comunes, raciales son los que se identifican por sus rasgos físicos hereditarios, generalmente también comparten una geografía, y religiosos son aquéllos que disfrutaban de las mismas creencias o adoración¹⁰¹⁴.

En ese sentido, hay unanimidad en la jurisprudencia de los tribunales en cuanto a los

¹⁰¹⁴ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, pp. 44-45, par. 98.

grupos a proteger. En el caso *Akayesu*, por ejemplo, la Sala de Primera Instancia I del TPIR consideró que dichos grupos, de acuerdo a los trabajos preparatorios de la Convención, deben estar constituidos de manera estable y permanente, a través del nacimiento, por lo que se excluyen los grupos políticos y económicos que se consideran móviles, pues se integran de manera voluntaria¹⁰¹⁵, en término similares se refirió la Sala de Primera Instancia I del TPIY en el caso *Jelisić*, al excluir los grupos políticos¹⁰¹⁶.

En efecto, la Sala de Primera Instancia I en el caso *Akayesu* subrayó que el ataque a los hutus moderados durante el conflicto armado no constituyó acto de genocidio contra el grupo tutsi¹⁰¹⁷, argumento que repitió la Sala III en el caso *Simeón Nchamihigo*¹⁰¹⁸. Por tanto, lo mismo podría decirse de los asesinatos a políticos opositores, intelectuales y profesionales de la vida política afines al régimen predecesor de los Jemeres Rojos en Camboya (entre 1975 y 1979)¹⁰¹⁹. Cabe destacar que durante la negociación para la redacción de la Convención por la Sexta Comisión de la Asamblea General se estudió incluir grupos sociales, políticos, lingüísticos y económicos, sin embargo, fue rechazado también por carencia de homogeneidad y estabilidad¹⁰²⁰, y en otro orden, por temor a que no se consiguieran las ratificaciones necesarias, pues algunas delegaciones, como la Unión Soviética, temían que cualquier represión a los grupos pretendidos fuera vista como genocidio, constituyendo en la práctica una intromisión en los asuntos internos del Estado¹⁰²¹.

Es evidente que la limitación restrictiva de los grupos a proteger por la Convención ha sugerido una nueva adaptación que permita adecuarla a otras situaciones que requieren

¹⁰¹⁵ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 511.

¹⁰¹⁶ *Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-T), Trial Chamber, Judgement 14 December 1999, par. 69.

¹⁰¹⁷ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 721.

¹⁰¹⁸ *Prosecutor v. Simeón Nchamihigo* (ICTR-01-63-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 12 November 2008, par. 338.

¹⁰¹⁹ Abrams, Jason, "The Atrocities in Cambodia and Kosovo: Observations on the Codification of Genocide", en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 303-309 (306-307).

¹⁰²⁰ Schabas, William A., "Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?", en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 287-302 (290); Van Schaack, Beth, "The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot", en *Yale Law Journal*, vol. 106, n. 7, 1997, pp. 2259-2291 (2264).

¹⁰²¹ Sungi, Simeon, "Redefining Genocide: The International Criminal Court's Failure to Indict on the Darfur Situation", en *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, vol. 1, n. 1, 2011, pp. 63-88 (67).

también de protección especial¹⁰²². Hasta ahora sólo se han podido comprender dentro de la Convención los grupos indígenas, no señalados en ella por la situación reinante en 1948 en la se pretendió inclusive adherir a la Convención una cláusula colonial de exclusión – finalmente descartada - para eludir su aplicabilidad hacia los pueblos sometidos al yugo colonial en el África de Francia, Reino Unido y Bélgica. Además, algunos Estados como Brasil, Canadá, Nueva Zelanda y Sudáfrica se oponían a la inclusión de los pueblos indígenas argumentando que estos constituían minorías dentro de un Estado, pudiendo por tanto oponerse a políticas necesarias para la construcción de los Estados y la igualdad de su ciudadanía¹⁰²³. En todo caso, los grupos indígenas se podrían incluir en cualquiera de los cuatro grupos¹⁰²⁴.

Por consiguiente, lo más idóneo podría ser incluir la destrucción total o parcial de un grupo con base a cualquier criterio arbitrario (por su pertenencia a un determinado grupo humano) trazado en la mente del perpetrador, como recoge el artículo 211-1 del Código Penal Francés¹⁰²⁵, o cualquier comunidad, como señala el artículo 172 del Código Penal Rumano¹⁰²⁶. Así se evitaría la asignación de términos autónomos a los cuatro grupos recogidos en la Convención¹⁰²⁷, pues es la sociedad la artífice de las distintas connotaciones con que se designa a un determinado grupo, y fácilmente se puede sostener que la definición de grupo protegido es mucho más amplia que la establecida en la Convención, y por tanto susceptible de ser ampliada¹⁰²⁸. Sin embargo, para algunos podrían ser una pretensión demasiado arriesgada porque podría caer en lo repetitivo, ya que algunos de los grupos que se pretende incluir, como los políticos, ha quedado cubierto por el crimen de persecución en la modalidad de crimen contra la

¹⁰²² Shea Bettwy, David, “The Genocide Convention and Protected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law?”, en *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, n. 1, 2011, pp. 167-196 (183).

¹⁰²³ Ver, Consejo Económico y Social, Doc. E/C.19/2011/4, de 8 de febrero de 2011, p. 4.

¹⁰²⁴ Shea Bettwy, David, “The Genocide Convention and Protected Groups...”, *loc. cit. supra* en nota 1022, p. 195.

¹⁰²⁵ Véase artículo 211-1 del Código traducido al castellano por José Luis de la Cuesta Arzamedi en: file:///C:/Users/Israel/Downloads/Code_56.pdf, también en: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, fecha de consulta 17 de febrero de 2015.

¹⁰²⁶ Ver Código completo en lengua inglesa o rumana en: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, fecha de consulta 17 de febrero de 2015.

¹⁰²⁷ Schabas, William A., “Groups Protected by Genocide Convention: Conflicting Interpretation from the International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 6, n. 2, 2000, pp. 375-387 (386).

¹⁰²⁸ Lippman, Matthew, “The Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, n. 2, 1998, pp. 415-514 (464).

humanidad, o hacer del genocidio algo común¹⁰²⁹. El jurista más escéptico es Willian Schabas, quien adelanta que la pretensión de ampliar la lista de grupos protegidos en la Convención se inscribe en la dificultad de incluir los grupos pretendidos dentro de los que ya están¹⁰³⁰.

Por otra parte, la Sala de Primera Instancia I del TPIR, en el caso *Rutaganda*, secundada después en el otro caso *Jelisic* ante el TPIY¹⁰³¹, continuó aplicando el criterio subjetivo para determinar la pertenencia a un grupo, pero adelantó que éste no es suficiente, pues, de acuerdo a la Convención, los conceptos allí señalados deben interpretarse a la luz del contexto social, político y cultural particular de cada grupo¹⁰³². Si bien este razonamiento se ha mantenido en el pensamiento de los jueces, la Sala de Primera Instancia II fue más práctica, pues en el caso *Kayeshema* y *Ruzindana* subrayó que los tutsis fueron considerados como grupo étnico protegido porque desde 1931 el Estado los obligaba a llevar consigo una tarjeta de identificación donde se especificaba el grupo étnico al que pertenecía¹⁰³³. En ese sentido, sin ánimo de contradecir el argumento de la otra Sala (la Sala I), quiso reforzar el enfoque objetivo en la distinción del grupo protegido.

En sentido general, el TPIR ha querido mantener el sistema dual o mixto como el más adecuado¹⁰³⁴, es decir, que si bien la intención genocida por sí sola tiene una función protagónica en la comisión del crimen, como apunta Willians Schabas, la legislación no puede permitir que el delito sea sólo definido por la mente del delincuente¹⁰³⁵, sobre todo entre los ciudadanos que comparten la misma lengua e idioma. En cualquier caso, aunque objetivamente se puede discernir a qué tipo pertenece un determinado grupo de

¹⁰²⁹ Kabatsi, Freda, “Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide”, en *International Criminal Law Review*, vol. 5, n. 3, 2005, pp. 387-399 (398-399); Lippman, Matthew, “The Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide...”, *loc. cit. supra* en nota 1028, p. 464.

¹⁰³⁰ Schabas, Willian A., *Genocide in International Law: The Crime of the Crimes*, Cambridge University Press, United Kingdom, Second Edition, 2009, p. 117.

¹⁰³¹ *Prosecutor v. Goran Jelusic* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, par. 70.

¹⁰³² *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, p. 27, par. 55.

¹⁰³³ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, pp. 197-199, pars. 522-530.

¹⁰³⁴ Szpak, Agnieszka, “National, Ethnic, Racial, and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals”, en *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2012, pp. 155-173 (164).

¹⁰³⁵ Schabas, Willian A., “Groups Protected by Genocide Convention: Conflicting Interpretation...”, *loc. cit. supra* en nota 1027, p. 384.

personas siguiendo su rol e importancia en la sociedad¹⁰³⁶, ha continuado predominando el criterio subjetivo como punto de partida, pues en el citado caso *Jelisić*, el TPIY consideró que son los diferentes estigmas con el que se designa a los miembros un grupo el distintivo nacional por el que se identifica a una población étnica o racial a los ojos del que comete el crimen¹⁰³⁷. Más tarde, la Sala de Apelaciones en el caso *Stakić* hizo la aclaración de que la distinción no puede resolverse sólo en base a ese criterio, sino que lo es de manera supletoria¹⁰³⁸.

La segunda cuestión a analizar consiste en determinar los actos constitutivos de genocidio, bajo la condición de que se cometan con la intención de destrucción total o parcial del grupo considerado. La Convención señala cinco actos, bastando que se cometa tan sólo uno para que constituya genocidio.

A. Matanza de miembros del grupo

Se entiende como aquélla donde concurren asesinatos masivos, y éstos generalmente se pueden llevar a cabo por la destrucción e incendio de las propiedades del grupo o de sus medios de vida, así como conduciendo a sus miembros a lugares que suponen protección, pero en cambio son utilizados para dejarlos morir, como los campos de concentración¹⁰³⁹.

En el caso *Akayesu*, la Sala consideró que sería mejor usar la expresión “muerte” en la versión francesa de la Convención, que “matanza” en la versión inglesa, porque ésta última es demasiado general y podría incluir el homicidio intencional y no intencional, al tiempo que considera causar la muerte en el sentido de asesinato cuando el perpetrador ha tenido la intención de hacerlo¹⁰⁴⁰. La Convención evita hacer referencia al número de miembros asesinados para que pueda constituir acto de genocidio, lo que podría significar que tan sólo uno sería suficiente para considerarse como genocidio, de

¹⁰³⁶ Nersessian, David L., *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, Oxford New York, 2010, p. 22.

¹⁰³⁷ *Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, par. 70; *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-T), Judgement, Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1013, p. 195, par. 557.

¹⁰³⁸ *Prosecutor v. Milomir Stakić* (IT-97-24-A), Appeals Chamber, Judgement 22 March 2000, par. 25.

¹⁰³⁹ Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 58, p. 25.

¹⁰⁴⁰ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 500.

acuerdo a como fue redactado el artículo 2 (a). En ese sentido, aunque parezca absurdo, como apunta William Schabas¹⁰⁴¹, basta que de ese acto se infiera la intención de destruir. Por su parte, en el informe del Comité Preparatorio del Establecimiento de la CPI se hizo énfasis en que la referencia a la intención de destruir se refiere a un pequeño número de miembros¹⁰⁴², por lo que difícilmente se conseguiría ese objetivo con la muerte de un solo miembro.

B. Causar lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo

La Sala de Primera Instancia I del TPIR, en el caso *Akayesu*, destacó en primer lugar que el daño causado no necesariamente tiene que ser permanente o irreparable, y, amparándose en la sentencia del juicio contra Adolf Eichmann en la Corte del Distrito Sur de Jerusalén en Israel, el 12 de diciembre de 1961, avanzó que los daños físicos o mentales de los miembros del grupo pueden ser causados por: actos de tortura (corporal o mental), tratos inhumanos o degradantes y persecución, violencia sexual y mutilación¹⁰⁴³. Más adelante, la misma Sala proclamó en el caso *Musema* que los actos citados no se consideran exhaustivos¹⁰⁴⁴. En ese mismo sentido, la Sala de Primera Instancia II en el caso *Kayishema y Ruzindana*, agregó amenazas de muerte, daños que perjudican y amenazan la salud, o causan desfiguración, así como daños a los órganos externos e internos¹⁰⁴⁵. Por su parte, la Sala de Primera Instancia II del TPIY, en el caso *Stakic*, cita los mismos actos, incluyendo interrogatorios mediante golpes proporcionados¹⁰⁴⁶.

La controversia en lo que respecta a este elemento radica en el daño mental, que a simple vista no parece contribuir a destruir en todo o en parte al grupo. Por ejemplo, la Ley sobre la implementación de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de Estados Unidos requiere que el daño mental provoque un deterioro permanente de las capacidades mentales a través de las drogas, torturas o técnicas

¹⁰⁴¹ Schabas, William A., *Genocide in International Law*, loc. cit. supra en nota 554, p. 158.

¹⁰⁴² Informe del Comité Preparatorio de las Naciones Unidas para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, en Doc. ONU A/CONF.183/2. Add.1, 14 de abril de 1998, p. 11.

¹⁰⁴³ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... loc. cit. supra en nota 176, pars. 502-504, 706-707.

¹⁰⁴⁴ *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-T), Trial Chamber I, loc. cit. supra en nota 434, p. 54, par. 156.

¹⁰⁴⁵ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), loc. cit. supra en nota 507, pp. 47-48, pars. 108-110.

¹⁰⁴⁶ *Prosecutor v. Milomir Stakic* (IT-97-24-T), Trial Chamber II, Judgement 31 July 2003, p. 146, par. 516.

similares¹⁰⁴⁷. El profesor Nerssesian cree que la posición estadounidense va en la dirección a evitar que cualquier acto constituya genocidio, al tiempo que recuerda que esa fue la postura durante los trabajos preparatorios de la Convención¹⁰⁴⁸.

Ciertamente, la inclusión de daño mental fue introducida por requerimiento de la Delegación China, que recordaba el suministro de narcóticos como el opio y heroína por los japoneses a los ciudadanos chinos durante la intervención japonesa en la Segunda Guerra Mundial. De esta manera, se completó la primera redacción que incorporaba tan sólo el daño físico. Fue una posición muy discutida debido a que la mayoría de las delegaciones de los Estados admitían que el daño mental se encontraba subsumido por el daño físico¹⁰⁴⁹.

La cuestión quedó zanjada cuando la Sala de Primera Instancia II en el caso *Kayishema y Ruzindana*, alegó que las lesiones corporales graves se explican por sí solas, en el sentido de que perjudican la salud; por lo que dejó entrever que el daño mental es una consecuencia de provocar lesiones graves. En suma, sostuvo que el responsable puede llegar a cometer genocidio si en el momento de infligir el daño mental grave tenía la intención específica de destruir a un grupo en todo o en parte¹⁰⁵⁰.

C. Someter intencionadamente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial

Concretamente esta disposición se refiere a la situación en la que el grupo es sometido a una muerte lenta. La Convención omite señalar cuáles actos podrían llevar a la destrucción total o parcial del grupo de una manera lenta, en ese sentido, en el caso *Akayesu* la Sala de Primera Instancia I concluyó que, entre otros, tales actos pueden ser: someter al grupo a condiciones de supervivencia, es decir, a morir de hambre, o

¹⁰⁴⁷ S.1851 (100th): Genocide Convention Implementation Act of 1987(The Proxmire Act). La Ley de referencia se encuentra incluida en el Capítulo 50A del Código Penal de Estados Unidos, Título 18, Crímenes y Procedimiento Criminal, Parte I, Sección 1091. Ver en: <http://www.religioustolerance.org/genocide.htm>, fecha de consulta 21 de octubre de 2013.

¹⁰⁴⁸ Nerssesian, David L., "The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence, from the International Criminal Tribunals", en *Texas International Law Journal*, vol. 37, n. 2, 2002, pp. 231-276 (258).

¹⁰⁴⁹ Gorove, Stephen, "The Problem of "Mental Harm" in the Genocide Convention", en *Washington University Law Review*, vol. 1951, n. 2, 1951, pp. 174-187 (176 y ss); Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crime...*, loc. cit. supra en nota 56, p. 443.

¹⁰⁵⁰ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)...., loc. cit. supra en nota 507, pp. 47-48, pars. 109, 112.

expulsar a sus miembros sistemáticamente de sus hogares e impedirles el uso de los servicios médicos esenciales¹⁰⁵¹; la Sala II en el caso *Kayishema y Ruzindana* agrega falta de ropa, de higiene, violación, retener al grupo en lugares con escasos márgenes de habitabilidad¹⁰⁵².

Como se puede observar, existe una serie de actos muy diversos que pueden llegar a realizarse para cometer genocidio de una forma lenta contra el grupo sometido; por ello, los delegados en los trabajos preparatorios de la Convención optaron por omitirlos, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, deducido concretamente de la variedad infinita de actos que lo pueden ocasionar, por lo que cada acontecimiento debe analizarse caso por caso¹⁰⁵³.

Además, en el caso *Rutaganda*, la Sala de Primera Instancia I sentenció que no necesariamente los actos deben degenerar en la destrucción total o parcial del grupo, pero sí que esa sea la intención final¹⁰⁵⁴. Se cuestiona si la violación sexual podría llevar a la destrucción física de un grupo probablemente sí a largo plazo. Se ha puesto el ejemplo de aquellas sociedades patriarcales donde el hombre es el centro, y por tanto la mujer, producto de una violación, puede ser rechazada por tener sexo con personas de etnias distintas a la suya, a ello se añaden las secuelas de algunas enfermedades mentales surgidas tras la violación, como puede ser la depresión, que podría provocar esterilización y pérdida de reproducción, y además las enfermedades físicas de transmisión sexual como el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), etc.¹⁰⁵⁵.

D. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo

Las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, conocidas como genocidio biológico, consisten, además de otros supuestos, y de acuerdo a lo señalado por la Sala de Primera Instancia I en los casos *Akayesu* y *Rutaganda*, en mutilación

¹⁰⁵¹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 502-505-506.

¹⁰⁵² *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 49, pars. 115-116.

¹⁰⁵³ Nerssesian, David L., “The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence...”, *loc. cit. supra* en nota 1048, p. 258.

¹⁰⁵⁴ *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, p. 26, par. 51.

¹⁰⁵⁵ De Brower, Anne-Marie L. M., *Supranational Criminal Persecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2005, p. 57.

sexual, esterilización forzada, control forzado de la natalidad, separación de hombres y mujeres y prohibición del matrimonio¹⁰⁵⁶. En el caso particular de *Akayesu*, la Sala señala un ejemplo donde es más proclive que ocurra este tipo de situaciones, y son las sociedades patriarcales, donde el linaje se decide por la afinidad con el padre, por lo que la mujer violada por una persona diferente de su propia casta, podría llegar a tener un niño o niña de otra estirpe; señala además las posibles consecuencias traumáticas mentales de una violación, como que la mujer ya no quiera seguir procreando o, por el contrario, que, pudiendo, las coacciones y amenazas le impidan desearlo. En esa misma línea, existen sociedades como la musulmana donde la condición de una mujer violada podría constituir un impedimento al matrimonio, aminorando de esa manera la natalidad a largo plazo de un grupo, y por tanto ser causa de la extinción del mismo¹⁰⁵⁷.

En cuanto a la separación de sexos y violación que hubiera podido contribuir a disminuir los nacimientos en el seno de grupo, se tiene el precedente de Bosnia-Herzegovina cuando las fuerzas Serbias llegaron a ocupar algunos municipios de la República y comenzaron la campaña sistemática de separar forzosamente a los hombres y mujeres musulmanes. En lo que respecta a impedir el nacimiento de niños en el seno del grupo, como consecuencia de violaciones a esas mujeres musulmanas, el asunto fue tratado por la CIJ en el caso Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro, en el cual la no encontró probada la acusación¹⁰⁵⁸; en todo caso, se cree que las innumerables violaciones llevadas a cabo por los serbios fue un intento de crear las condiciones para prevenir nacimientos dentro del grupo étnico musulmán¹⁰⁵⁹.

La intención del perpetrador es lo que determinaría si la violación tenía por finalidad embarazar a la mujer deliberadamente para que diera a luz un niño diferente de la etnia de su madre, para que constituya genocidio. En caso contrario, estaríamos ante el

¹⁰⁵⁶ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, pars. 507-508; *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, p. 26, par. 52.

¹⁰⁵⁷ Van Der Vyver, Johan D., "Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide", en *Fordham International Law Journal*, vol. 23, n. 2, 1999, pp. 286-356 (301); Lippman, Matthew, "The Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide...", *loc. cit. supra* en nota 1028, pp. 493-494; Fisher, Siobhán K., "Occupation of the womb: forced Impregnation as genocide", en *Duke Law Journal*, vol. 46, n. 1, 1996, pp. 91-133 (123-124); Healey, Sharon A. "Prosecuting Rape under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia", en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 1995, pp. 327-383 (338-340).

¹⁰⁵⁸ CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro*, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention..., *loc. cit. supra* en nota 156, pars. 355-360.

¹⁰⁵⁹ Aksar, Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law...*, *loc. cit. supra* en nota 424, p. 227.

crimen de embarazo forzoso, definido en el artículo 7 (2) (f) del ECPI como crimen contra la humanidad, cuya finalidad última consiste en modificar la composición étnica de un grupo¹⁰⁶⁰.

E. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo

El traslado forzoso de niños de un grupo a otro con la intención de destruir en todo o parte al grupo del que proceden los niños constituye una forma de genocidio de acuerdo al artículo 2 (e) de la Convención. Por tanto, podría considerarse que si el propósito de trasladar a los niños tiene otros fines, por ejemplo, reeducarlos, lo más plausible es que ello no constituya genocidio¹⁰⁶¹, sino más bien pérdida de identidad cultural, como apunta Kai Ambos¹⁰⁶². Precisamente, William Schabas expone que la propuesta de este tipo de genocidio como una forma de pérdida de identidad cultural, junto a la de genocidio biológico apoyada por la CDI, estuvo dentro de las negociaciones previstas durante la adopción de la Convención, pero ambos conceptos fueron rechazados por la sugerencia final, la de Grecia, cual fue la establecida en la Convención¹⁰⁶³.

Con todo ello, la tipificación del traslado forzoso de niños de un grupo a otro como una forma de genocidio fue una consecuencia de los cientos de miles de niños judíos que fueron despojados de sus padres y forzosamente transferidos a otros lugares durante la Segunda Guerra Mundial para ser exterminados¹⁰⁶⁴. La penalización de esta barbarie ha sido el reflejo de la protección del niño como un derecho humano, que inclusive trasciende de la protección cultural del grupo que se pretende proteger, es una forma de preservar los derechos del niño del abandono y la marginalidad y asegurarle un futuro dentro de su propio grupo, en suma, de asegurar su existencia y formar parte de una sociedad forjada por sus ascendientes¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁰ Fournet, Caroline, “The Actus Reus of Genocide”, en *Elements of Genocide*, Paul Behrens and Ralph Henham (Edits), Routledge, New York, 2013, pp. 53-69 (66); Akhavan, Payam, “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 4, 2005, pp. 989-1006 (1005).

¹⁰⁶¹ Nersesian, David L., “The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence...”, *loc. cit. supra* en nota 1048, 260.

¹⁰⁶² Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 58, p. 29.

¹⁰⁶³ Schabas, William A., *Genocide in International Law*, *loc. cit. supra* en nota 554, p. 175.

¹⁰⁶⁴ Mundorff, Kurt, “Other Peoples’ Children: A Textual and Contextual Interpretation of the Genocide Convention, Article 2 (e)”, en *Harvard International Law Journal*, vol 50, n. 1, 2009, p. 80.

¹⁰⁶⁵ Grover, Sonja C., *Humanity’s Children: ICC Jurisprudence and the Failure to Address the Genocidal Forcible Transfer of Children*, Springer, New York, 2013, p. 40.

En efecto, el traslado forzoso de niños de un grupo a otro irá destruyendo al grupo del que proceden a largo plazo, porque tiende en esencia a aminorar su población. Para la Sala de Primera Instancia I, en el caso *Akayesu*, la destrucción del grupo por medio de ese hecho, no solamente se evidencia por la transferencia física de niños, sino también por el uso de amenazas y traumas, los cuales forman parte de otros actos criminales a sancionar¹⁰⁶⁶. En ese sentido, la transferencia forzada implica actos deliberados, al no tratarse de una transferencia pacífica, sino de realizar actos que impliquen destrucción del grupo. La CIJ lo justificó de esa manera porque estos se llevan a cabo de manera consciente¹⁰⁶⁷.

Por otra parte, la Convención no especifica la edad del niño, por lo que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 sería el instrumento jurídico vinculante, cuyo artículo 38 fija la edad de 15 años, pero que fue elevada hasta los 18 años en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo del 2000. William Schabas sugiere que dieciocho años es un umbral muy alto, pues al llevar a cabo la transferencia forzosa a otro grupo, éste asume su lengua, religión y costumbre, perdiendo la identidad de su grupo, situación muy diferente si tiene ya una edad considerada madura¹⁰⁶⁸.

3. *Mens rea* y la intención de destruir de forma total o parcial al grupo de acuerdo a la Convención contra el genocidio

Determinar si hubo o no intención de cometer genocidio es uno de los puntos más controvertidos del crimen, tanto así que en el caso *Akayesu* la Sala de Primera Instancia I sugiere que, a falta de una confesión del acusado, sólo las presunciones de hecho, deducido, entre otras cuestiones, de un cúmulo de circunstancias de actos punibles y de la magnitud de las atrocidades, cometidas de manera deliberada y sistemática contra el

¹⁰⁶⁶ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, pars. 507-508; también *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, p. 26, par. 53.

¹⁰⁶⁷ CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro*, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention..., *loc. cit. supra* en nota 156, par. 186.

¹⁰⁶⁸ Schabas, William A., *Genocide in International Law*, *loc. cit. supra* en nota 554, p. 176.

grupo seleccionado es cuando se puede inferir que se cometió el crimen¹⁰⁶⁹. La determinación se agrava porque en la perpetración de genocidio se distinguen, según la doctrina, varios tipos de intencionalidades¹⁰⁷⁰, pero que en términos generales pueden ser explicadas en tan solo dos: un *mens rea general*, por el que el perpetrador comete cualquiera de los elementos objetivos materiales consignados en la Convención a sabiendas de que conoce la víctima en razón de su pertenencia a un grupo específico, y un *mens rea especial (dolus specialis)*, por el que busca destruir en todo o parte al grupo¹⁰⁷¹.

La práctica de los tribunales penales internacionales *ad hoc* ha demostrado que la perpetración de cualquiera de los elementos materiales establecidos en la Convención por la que se tipifica el delito del genocidio, necesariamente requiere el *dolus specialis* para llegar a la conclusión de que se cometió ese acto¹⁰⁷². De ahí que haya sido éste último elemento el determinante en los casos ventilados para producir una condena por el delito señalado. Por lo tanto, enfocaremos nuestro análisis sólo en base a este último elemento.

En efecto, la Sala de Primera Instancia I del TPIR en el caso *Akayesu* hizo suya la tesis planteada por el TPIY en los casos *Karadzic* y *Mladic*, en ocasión de la aplicación de la Regla 61, el sentido de que la determinación del *dolus specialis* se puede inferir de una serie de hechos, como de la política general seguida que dio origen a la perpetración de los elementos materiales del genocidio, y de otros sucesos con un mismo patrón,

¹⁰⁶⁹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 523.

¹⁰⁷⁰ Elewa Badar, Mohamed, "Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Facto in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals", en *International Criminal Law Review*, vol. 5, n. 1, 2005, pp. 203-246 (204); Nerssesian, David L., "The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence...", *loc. cit. supra* en nota 1048, p. 263. La CDI, por su parte, dejó claro que cada elemento material del genocidio tenía su propio *mens rea*. Vid. Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, comentarios acerca del artículo 17 sobre el genocidio, p. 48, par. 5.

¹⁰⁷¹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 523; *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, pp. 28-29, par. 60; *Prosecutor v. Goran Jelusic* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, par. 66. Vid. también Ambos, Kai, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?", en *IRRC*, vol. 91, n. 876, 2009, pp. 833-858 (834); Triffterer, Otto, "Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such?", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, vol. n. 2, 2001, 399-408 (400).

¹⁰⁷² *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 498.

apoyándose en declaraciones y discursos propagandistas para justificar los actos¹⁰⁷³.

En esa misma línea, debe existir una intención genocida en la mente del perpetrador que le motive a cometer el delito, que va más allá del conocimiento general o simple presunción de conocer los hechos ilícitos a perpetrar¹⁰⁷⁴. La Sala de Primera Instancia II en el caso *Kayishema y Ruzindana* llama a esta intención actitud forjada a priori, y agrega que no necesariamente significa planeación¹⁰⁷⁵. En todo caso reconoce que esta intención genocida puede ser deducida de los propios hechos cometidos y de las pruebas circunstanciales, como el número de miembros afectados en un grupo, el empleo del lenguaje en apoyo de la causa, las armas empleadas, la organización o plan para cometerlos y las matanzas sistemáticas¹⁰⁷⁶.

Con todo ello, la perpetración de genocidio, aun teniéndose la certeza de que se están cometiendo actos prohibidos como los enumerados en la Convención, continúa siendo muy difícil de demostrar, tanto así que la CDI había advertido de que la intención general no era suficiente, sino que el actor estuviera consciente en su estado de ánimo de cometer el delito¹⁰⁷⁷. Por ello, la Sala de Primera Instancia I en el caso *Akayesu* relaciona la intención genocida o elemento culposos con el estado físico y mental del delincuente¹⁰⁷⁸, argumento que fue apoyado por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Jelisić*¹⁰⁷⁹, según la cual, los supuestos crímenes cometidos por Jelisić obedecieron a la mente perturbada y narcisista del infractor¹⁰⁸⁰, sin embargo, la Sala de Apelaciones concluye que la perturbación mental no excluye la actitud forjada para destruir¹⁰⁸¹.

Por otro lado, las muertes provocadas deben tener un propósito, que consiste en destruir

¹⁰⁷³ *Ibidem*, par. 524; *Radovan Karadzic* (IT-95-5-R61) and *Ratko Mladic* (IT-95-18-R61), Rule 61, Decision 11 July 1996, *loc. cit. supra* en nota 554.

¹⁰⁷⁴ Schabas, William, A., "The Jelisić Case and the Mens Rea of the Crime of Genocide", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n. 1, 2001, pp. 125-239 (130).

¹⁰⁷⁵ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)... *loc. cit. supra* en nota 507, p. 42, par. 91.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*, pp. 42-43, par. 93.

¹⁰⁷⁷ Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, comentarios acerca del artículo 17 sobre el genocidio, p. 48, par. 5.

¹⁰⁷⁸ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, párr. 518.

¹⁰⁷⁹ *Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, par. 83

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, par. 49.

¹⁰⁸¹ *Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-A), Appeals Chamber, Judgement 5 July 2001, par. 70.

al grupo, inclusive pero no concluyente, ser originado por el odio al grupo que se pretende aniquilar¹⁰⁸². Por tanto, los motivos económicos, políticos y personales del autor del crimen difieren de la intención de destruir, y son por tanto irrelevantes¹⁰⁸³, porque mientras los primeros buscan obtener alguna ventaja personal, la intención de destruir es consecuencia de la discriminación racial, étnica o religiosa que siente el perpetrador hacia el grupo¹⁰⁸⁴.

En ese sentido, Tournaye apunta que la destrucción de un grupo de personas por disputa sobre un terreno no constituye genocidio, como tampoco el exterminio de los indios Ache en su territorio por motivos económicos, según argumentó Paraguay en los trabajos preparatorios de la Convención¹⁰⁸⁵. Pero es evidente que los motivos, cualquiera que sean, pueden llevar a tener la intención de destruir, como aseveró la Sala de Apelaciones en el caso *Jelusic*¹⁰⁸⁶.

Respecto al número de víctimas afectadas, es evidente que la muerte provocada a uno de los miembros del grupo, inclusive a varios de ellos, pero sin que suponga un número considerable, podría parecerse más a un asesinato o asesinato múltiple cometido por parte de una persona o de un asesino en serie. En ese sentido, la CDI consideró que no es necesario destruir a todo el grupo, basta con destruir una parte sustancial del grupo¹⁰⁸⁷, opinión que después fue corroborada por los tribunales *ad hoc*¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸² En el caso *Jelusic*, la Sala de Apelaciones expone que el perpetrador puede cometer el acto sin tener motivos para hacerlo. Ver *Prosecutor v. Goran Jelusic*, *idem*, par. 71.

¹⁰⁸³ Ambos, Kai y Böhm, María Laura “Una Explicación Cronológica del Genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la ‘intención de destruir’”, en *Revista Penal*, n. 26, 2010, pp. 65-78, (69); Gil Gil, Alicia, *Derecho Penal Internacional: Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 178.

¹⁰⁸⁴ Tournaye, Cécile, “Genocidal Intent before the ICTY”, en *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 52, n. 2, 2003, pp. 447-462 (452).

¹⁰⁸⁵ *Idem*. La matanza de indígenas en América Latina ha sido conocida por la Comisión IDH en varias ocasiones, especialmente en el asunto de Paraguay sometido a consideración en 1974; en el informe anual de la Comisión conocido en 1975, se llegó a la conclusión de que si bien el gobierno había cometido violaciones de los derechos humanos, sus actos no se circunscribían dentro de una política deliberada del gobierno para cometer genocidio, y, a raíz de un informe del relator especial estipulando que los actos iban encaminados a lograr la reinserción de los indígenas, concluyó que Paraguay no cometió tal delito. Vid. Quiley, John, *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate, United State, 2006, p. 125.

¹⁰⁸⁶ *Prosecutor v. Goran Jelusic* (IT-95-10-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1081, par. 49.

¹⁰⁸⁷ Vid. Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, comentarios acerca del artículo 17 sobre el genocidio, p. 48, par. 8.

¹⁰⁸⁸ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 44, par. 97; *Prosecutor v. Radislav Krstic* (IT-98-33-T), Judgement, Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1013, p. 207, par. 590; *Prosecutor v. Goran Jelusic* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, par. 83.

Sin embargo, esta tesis difiere de la adoptada por el Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes de la Comisión Preparatoria de la CPI, quien consideró que hasta un solo asesinato de los miembros de un grupo puede constituir genocidio si la intención consistía en destruir en todo o parte al grupo¹⁰⁸⁹. De acuerdo a lo dicho, compartimos lo expresado por el William Schabas, quien subraya lo absurdo que sería pensar que un solo asesinato puede constituir genocidio, pues dicho razonamiento va vinculado a prescindir de la dimensión cuantitativa del elemento material¹⁰⁹⁰.

Asimismo, también podría parecer que la jurisprudencia entra en contradicción cuando indica más arriba que una parte sustancial del grupo es suficiente. En cambio, en el primer acto de condena por genocidio, el concerniente a Akayesu, la Sala estimó que un acto particular de un individuo podría constituir genocidio si la víctima forma parte del grupo al que se persigue, como incitación directa y pública al mismo¹⁰⁹¹. Por consiguiente, una vez más, lo que valora la Sala es la intención del delincuente, lo que resulta difícil de demostrar con tan sólo un asesinato.

Por otra parte, una de las causas que separan el crimen del genocidio del crimen contra la humanidad es precisamente que es el resultado de una acción colectiva¹⁰⁹², aunque cada persona sea responsable de manera individual. La perpetración de genocidio necesita de la cooperación del Estado u organización como principal exponente, colaborador o incitador¹⁰⁹³, como ocurrió en Armenia, Alemania y Ruanda. De ahí la necesidad de un plan para llevarlo a cabo, que, aunque no constituya un elemento constitutivo, como afirma la Sala de Apelaciones en el caso *Jelisić*, puede ser una causa importante al momento de probar la intención específica de la comisión del delito¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁹ Doc. PCNICC/1999/L.3/Rev.1, of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, 2 March 1999. Vid. en: <http://www.iccnw.org/documents/Proceedingpcnicc1999l3rev1e.pdf>, fecha de consulta 30 octubre 2013.

¹⁰⁹⁰ Schabas, William A., *Genocide in International Law*, loc. cit. supra en nota 554, p. 158.

¹⁰⁹¹ La Sala pone el ejemplo de cuando Akayesu participó propinando golpes a un hutu junto con un policía de una comunidad y miembros de la milicia interahamwe. Vid. *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... loc. cit. supra en nota 176, par. 710.

¹⁰⁹² Vest, Hans, "A Structure –Based Concept of Genocidal Intent", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 4, 2007, pp. 781-797 (784).

¹⁰⁹³ *Ídem*; también Schabas, William, A., "The Jelisić Case and the Mens Rea...", loc. cit. supra en nota 1074, p. 130.

¹⁰⁹⁴ *Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-A), Appeals Chamber, loc. cit. supra en nota 1081, par. 48.

Por ejemplo, antes de la Segunda Guerra Mundial, Hitler en su ascenso había orquestado un plan para destruir a los judíos y gitanos en Alemania y en los Estados ocupados, que comenzó a vislumbrarse cuando vio cómo la comunidad internacional ignoró hacer alguna referencia alguna en los Tratados de Paz de Sèvres (1920) y Lausana (1923) sobre el genocidio turco contra los armenios cometido entre 1915 y 1923. Por ello, Hitler, pensando que podría ocurrir lo mismo durante la Alemania nazi, cuando ocupó Checoslovaquia dio órdenes de asesinar a los judíos¹⁰⁹⁵.

En nuestra opinión, creemos que si bien la perpetración de genocidio puede manifestarse sin contar con un plan preconcebido, la intención genocida requiere premeditación, es decir, contar con un patrón o conducta que dé lugar a percibir la pauta manifiesta del intento de destruir. Este crimen tan vil no puede reducirse a simples actos criminales ocurridos al azar o por accidente¹⁰⁹⁶. De ahí que la Sala de Primera Instancia en el caso *Jelisić* haya puesto énfasis en la dificultad de probar la intención genocida sin tomar en cuenta la forma organizada con que son cometidos estos crímenes, y sin advertir del respaldo de una organización o sistema¹⁰⁹⁷.

4. *Mens rea* y la intención de destruir de forma total o parcial al grupo de acuerdo al ECPI

El crimen de genocidio fue incorporado en el ECPI bajo los mismos términos y condiciones establecidos en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio. Sin embargo, respecto a los elementos de los crímenes, el artículo 30 del Estatuto parece incidir notablemente en el *mens rea* deducido de la Convención (artículo 6 del ECPI) al reintroducir los elementos de intencionalidad y conocimiento¹⁰⁹⁸; el primero, en el sentido de que el individuo se propone realizar una

¹⁰⁹⁵Shabas, William A., “The ‘Odious Scourge’: Evolving Interpretations of the Crime of Genocide”, en *Genocide Studies and Prevention*, vol. 1, n. 2, 2006, pp. 93-106 (93-94); Triffterer, Otto, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part...”, *loc. cit. supra* en nota 1071, p. 401.

¹⁰⁹⁶Aptel, Cécile, “The intent to commit genocide in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *Criminal Law Forum*, vol. 13, n. 3, 2002, pp. 273-291(290).

¹⁰⁹⁷*Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, par. 101.

¹⁰⁹⁸El artículo 30 del Estatuto establece lo siguiente: Elemento de intencionalidad. 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. 3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

conducta, la desea, lo que se conoce como elemento volitivo (voluntad propia), y el segundo, en cuanto que es consciente o sabe (elemento intelectual)¹⁰⁹⁹.

Si bien es cierto que el artículo 30 viene a estandarizar el *mens rea* requerido para todos los crímenes, muy especialmente respecto al crimen de genocidio, supone cubrir la laguna existente en la redacción de la Convención, que un crimen de esa dimensión sólo puede ser deducido cuando la intención y el conocimiento están presentes¹¹⁰⁰. No obstante, la personalización de estos dos elementos, concretamente en el genocidio, tampoco supone un adelanto en la búsqueda de lo probatorio en la comisión del crimen, sino que continúa siendo responsabilidad de los jueces determinar cuándo hubo o no genocidio. Es así porque, tal como señaló la delegación británica en el momento de la negociación de dicho artículo, su carácter estricto y limitado podría ser usado por los delincuentes para decir que no fue su intención cometer genocidio¹¹⁰¹.

Podríamos concluir entonces que el *mens rea* deducido de la Convención es de tipo especial, porque versa su enfoque concretamente en la “intención de destruir”, y el del artículo 30 es de tipo más general, ya que éste tiene su propia autonomía de aplicación, reforzado por la expresión “salvo disposición en contrario”¹¹⁰², abarcando todos los elementos subjetivos (intención y conocimiento de los elementos materiales u objetivos – los actos constitutivos de genocidio -). Sin embargo, algunos autores advierten que el artículo 30 ha traído consigo diversas conjeturas, y es que tal como ha sido redactado denota también cierta ambigüedad, en el sentido de que divide el *dolus specialis* o culpa en tres categorías: *dolus directus*, *dolus indirectus* y *dolus eventualis*.

Las tres categorías son definidas, y de forma similar por la jurisprudencia de la CPI, de la siguiente manera: por el primero, como aquella acción en la que el perpetrador previó y deseó las consecuencias de sus actos (ejemplo, X planea cometer un acto criminal

¹⁰⁹⁹ Vest, Hans, “A Structure –Based Concept of Genocidal Intent”, *loc. cit. supra* en nota 1092, p. 782; Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis, “Los Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 75, 2000, pp. 381-439 (417); *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 48, par. 103.

¹¹⁰⁰ Cassese, Antonio, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 144-171 (154).

¹¹⁰¹ Sungi, Simeon. Redefining Genocide: The International Criminal Court’s..., *loc. cit. supra* en nota 1021, p. 81.

¹¹⁰² Roberta, Arnold, “The Mens Rea of Genocide Under the Statute of the International Criminal Court”, en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n. 2, 2003, pp. 127-151 (132).

contra Z, lo ejecuta y obtiene los resultados esperados); por el segundo, las consecuencias fueron previstas, pero no necesariamente deseadas por el autor (ejemplo, M se plantea asesinar a N colocando un explosivo en su oficina de trabajo, aun conociendo con toda seguridad que el edificio está siendo habitado por otras personas, no obstante, M pone en marcha su cometido, provocando la muerte de su objetivo y por consiguiente de otras personas sin haberlas deseado), y por el tercero, el perpetrador sabe que si continúa con su acto, la situación puede degenerar también en otro acontecimiento distinto además del deseado, ponemos el ejemplo anterior, pero esta vez, M quiere asesinar a N colocando un explosivo en su coche, y resulta que al momento de la explosión, N se encontraba pasando por un mercado frecuentado por decenas de personas, provocando por tanto la muerte también de varios transeúntes, destacando en este caso su imprudencia¹¹⁰³.

No obstante, creemos que el *dolus specialis*, concretamente en lo que respecta al crimen de genocidio, no puede ser determinado sobre la base de conjeturas y de causas que, lejos de reforzar la intención genocida, tiende a disminuirlas; por tanto, el artículo 30 debe ser analizado desde el punto de vista más claro de las intenciones, es decir, que el perpetrador busca destruir en todo o parte a un grupo protegido¹¹⁰⁴. En ese sentido, el *dolus directus* es el que definirá el accionar de la Corte, quedando al margen tanto el *dolus indirectus* como el *eventualis* para los casos específicos de genocidio¹¹⁰⁵.

IV. Tratamiento de los crímenes contra humanidad en su contexto actual: evolución histórica y desarrollo

Los crímenes contra la humanidad son quizás, por definición, el segundo grupo de los crímenes más atroces por grado de importancia después del delito de genocidio¹¹⁰⁶, y su tipificación es consecuencia directa de la masacre de que han sido objeto las personas

¹¹⁰³ Nerssesian, David L., "The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence...", *loc. cit. supra* en nota 1048, p. 263; Van Der Vyver, Johan D., "Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide", en: *Fordham International Law Journal*, vol. 23, n. 2, 1999, pp. 286-356 (307-308); Arnold, Roberta, "The Mens Rea of Genocide Under the Statute...", *loc. cit. supra* en nota 1102, pp. 137-138, y *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, 29 February 2007, pp. 119 y 120, pars. 351-352.

¹¹⁰⁴ Nerssesian, David L., "The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence...", *loc. cit. supra* en nota 1048, p. 265.

¹¹⁰⁵ Behrens, Paul, "The Mens Rea of Genocide", en *Elements of Genocide*, Paul Behrens and Ralph Henham (eds.), Routledge, United Kingdom, 2013, pp. 70-96 (79); Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, *loc. cit. supra* en nota 554, p. 289; Van Der Vyver, Johan D., "Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide", *loc. cit. supra* en nota 1057, pp. 307-308.

¹¹⁰⁶ Vid. Frulli, Micaela, "Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?", en *EJIL*, vol. 12, n. 2, 2001, pp. 329-350.

civiles y la población civil, casi siempre durante la ocurrencia de conflictos armados, de entre los cuales los de carácter interno suceden hoy día con mayor frecuencia. Fueron tipificados por primera vez en los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio. Sin embargo, su construcción conceptual comenzó a ser posible a principios del siglo XX, como una forma de calificar los distintos actos inhumanos cometidos dentro de las fronteras nacionales por gobiernos represivos contra la población civil, por una comunidad internacional que todavía percibía con cierto temor inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados, por respeto a su soberanía¹¹⁰⁷

En efecto, en el preámbulo de las Convenciones de la Haya de 1899 (segundo Convenio) y 1907 (cuarto Convenio), ambas relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, encontramos la llamada “Cláusula Martens”, la cual podría ser considerada como el primer intento de definición de los crímenes contra la humanidad, al establecer que: *“Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”*¹¹⁰⁸. Pero fueron los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia los que se atrevieron a utilizar el término “crímenes contra la humanidad” – y la civilización – en la declaración de 28 de mayo de 1915 por la que acusaban a Turquía de la masacre de entre 200.000 y 800.000 armenios en ese Estado, lo que más tarde la historia designará como el genocidio armenio¹¹⁰⁹.

Como se puede observar, fue el derecho internacional humanitario la rama del derecho internacional que en principio se ocupó de reconocer que el derecho internacional consuetudinario preveía la existencia de ciertos usos y leyes todavía no reconocidos en los tratados internacionales que se debían salvaguardarse. Esta idea se hizo patente

¹¹⁰⁷ De Guzmán, Margaret M., “Crímenes contra la Humanidad”, en *Routledge Handbook of International Criminal Law*, William A. Schabas and Nadia Bernaz (eds), Routledge, United Kingdom, 2011, pp. 121-138 (121).

¹¹⁰⁸ Cassese, Antonio, “The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?”, *loc. cit. supra* en nota 347, pp. 187-188.

¹¹⁰⁹ Schwelb, Egon, “Crimes against Humanity”, en *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, pp. 178-226 (181).

cuando se intentó de juzgar al Káiser Guillermo II de Alemania por “*ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados*”, devenido del compromiso asumido por las Partes Contratantes del Tratado de Versalles de 1919, cuyos artículos 227-229 demandaban depurar responsabilidades penales individuales por las barbaries cometidas durante la Primera Guerra Mundial¹¹¹⁰.

El fracaso de este intento es atribuible más que nada a la falta de consenso político internacional para reprender conductas sin una clara definición. En todo caso, el Tribunal Supremo de Leipzig en Alemania consiguió condenar a nueve oficiales del ejército alemán en aplicación de la Ley de 13 de diciembre de 1919 por crímenes contra la humanidad, precisamente por conducto del Tratado citado¹¹¹¹.

En cuanto a los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio, los artículos 6 (c) y 5 (c) respectivamente se abstuvieron de definir el término “crímenes contra la humanidad”, pero ofrecieron una lista no exhaustiva de los delitos considerados como tales, vinculados al conflicto armado, a saber: “*el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron*”¹¹¹². Se cree entonces que estos delitos fueron incluidos en el

¹¹¹⁰ La Comisión sobre la Responsabilidades de los Autores de la Guerra y sobre Ejecución de Penalidades, creada por mandato de la Conferencia Preliminar de la Paz el 25 de febrero de 1919, designada para investigar las responsabilidades durante la guerra, elaboró una lista de los delitos propuestos por los Estados supuestamente cometidos, que atentaban contra las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de la humanidad, conocidos más tarde como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En el Capítulo 2 del informe se encontraban: la tortura, la toma de rehenes, violación, asesinatos, deportación de civiles, pillaje, actos de terrorismo, secuestro, etc. Vid. Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, publicado en: *AJIL*, vol. 14, n. 1/2, 1920, pp. 95-154, vid. también Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, United State of America, 2011, p. 1; Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 29, n. 1, 2004, pp. 85-167 (86); Schwelb, Egon, “Crimes against Humanity”, *loc. cit. supra* en nota 109, pp. 180-181.

¹¹¹¹ Martínez – Cardós Ruiz, José Alejandro, “El Concepto de Crímenes de Lesa Humanidad”, en *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 75, 2000, pp. 218-227 (219).

¹¹¹² Vid. Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis between United States, France, Great Britain and Soviet Union: en *AJIL*, Supplement, vol. 39, n. 4, 1945, pp. 257-264. Por razones obvias el delito de persecución por motivos religiosos fue excluido del artículo 5 (c) del Estatuto del Tribunal para el Lejano Oriente, véase Charter of the International Military Tribunal for the Far East 19 January 1946, en: <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/charter-international-military-tribunal-far-east-19-january-1946>, fecha de consulta 10 noviembre de 2013.

Estatuto del Tribunal de Nüremberg para evitar que muchos criminales de la Alemania Nazi quedaran sin castigo, a falta de una comparación con los crímenes de guerra, pues concretamente los cargos contra los acusados incluían los crímenes cometidos contra la propia población alemana, que también fue víctima de su propio gobierno nazi durante la guerra¹¹¹³, incluidos los 6 millones de judíos asesinados, una muestra de que, como afirma Bassiouni, la población civil y sus bienes carecían de protección¹¹¹⁴.

Por tanto, la comunidad internacional necesitaba de una norma vinculante que tipificara y estableciera una lista detallada de los delitos que por definición se diferenciaban de aquellos constitutivos de crímenes de guerra, o más bien que no entraban dentro de esta última categoría. La Asamblea General de la ONU se erigió ese objetivo cuando en 1947 encomendó a la CDI formular los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, y al mismo tiempo, elaborar un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad¹¹¹⁵.

Por ello, en su segunda sesión de 1950, la CDI adoptó los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta del Tribunal de Nüremberg y la Jurisprudencia del Tribunal, y continuó estableciendo un nexo de los crímenes contra la humanidad con los crímenes de guerra y de agresión (definidos éstos como crímenes contra la paz)¹¹¹⁶. Pero es necesario destacar que los crímenes contra la humanidad fueron de hecho separados del nexo “guerra” tan pronto Alemania quiso asumir la tarea de juzgar a sus propios ciudadanos de acuerdo a lo establecido en la Carta de Nüremberg, esta vez, la Ley No. 10 del Consejo de Control, promulgada el 20 de diciembre de 1945, decidió desvincular los crímenes contra la humanidad de los de guerra, cuando hizo referencia a esos crímenes en el artículo II (c)¹¹¹⁷, constituyendo el primer paso dirigido hacia esa

¹¹¹³ Acquaviva, Guido. “At the Origins of Crimes against Humanity: Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgment”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n. 4, 2011, pp. 881-903 (884); Schaak, Beth Van, “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence”, en *Columbia Journal of International Law*, vol. 37, n. 3, 1998-1999, pp. 787-850 (789-790).

¹¹¹⁴ Bassiouni, M. Cherif, “Crimes against Humanity: The Case for a Specialized Convention”, en *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, n. 4, 2010, pp. 575-593 (576).

¹¹¹⁵ Vid. Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947.

¹¹¹⁶ Doc. A/1316, A/CN. 4/SER.A/1950/Add.1, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su segunda sesión, (del 5 de junio al 29 de Julio de 1950), vol. II, 1950, p. 377.

¹¹¹⁷ Vid. Ambos, Kai and Wirth, Steffen, “The Current Law of Crimes against Humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, en *Criminal Law Forum*, vol. 13, n. 1, 2002, pp. 1-90 (4-5); Schaak, Beth Van, “The Definition of Crimes against Humanity...”, *loc. cit. supra* en nota 1113, p. 808; Lippman,

dirección, aunque no haya sido tomado en cuenta por la CDI tan pronto como comenzó su labor en 1950.

En cuanto al segundo mandado de la CDI, ésta procedió a elaborar un Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, cuyo primer informe de 1951 continuaba promoviendo el establecimiento de un nexo entre los crímenes contra la humanidad y los de guerra y agresión, a los fines de evitar que cualquier crimen de derecho interno caiga dentro de esa categoría de estudio¹¹¹⁸. Como novedad hay que destacar también que se quiso introducir los términos “masiva” y “sistemática”, como elementos constitutivos de los crímenes, y si bien al final se terminó por suprimir la palabra “masiva”, ello constituyó el primer intento por definirlos¹¹¹⁹.

Sin embargo, en el nuevo informe del Proyecto de la CDI de 1954 se amplió finalmente el enfoque antiguamente adoptado, por lo que ahora los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos independientemente de si guardan relación o no con los demás delitos enunciados en el Proyecto, llámense crímenes de guerra y agresión, pero estableció un límite, y es que los mismos hayan sido cometidos por instigación o tolerancia de las autoridades¹¹²⁰.

No obstante este desarrollo, el proyecto continuó estancado debido fundamentalmente a la Guerra Fría, que retrasaba la continuidad de los trabajos. En cualquier caso, mientras este *impasse* se producía, la Asamblea General de la ONU adoptó dos importantes Convenciones, la primera el 26 de noviembre de 1968 sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, y la segunda, el 30 de noviembre de 1973, sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, en la cual dicho delito es reconocido como un crimen contra la humanidad.

Con el fin de la Guerra Fría la situación se tornó adecuada para lograr importantes avances en la codificación de los crímenes internacionales. Por ello, en 1991 la CDI

Matthew, “Crimes against Humanity”, en: *Boston College Third World Law Journal*, vol. 17, n. 2, 1997, pp. 171-278 (206-207).

¹¹¹⁸ Doc. A/1858, A/CN.4/SER.A/1951/Add.1, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su tercera sesión (del 16 de mayo al 27 de Julio), vol. II, 1951, p. 136.

¹¹¹⁹ Vid. Schaak, Beth Van, “The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence”, en: *Columbia Journal of International Law*, vol. 37, n. 3, 1998-1999, pp. 787-850 (821).

¹¹²⁰ Doc. A/2693, A/CN.4/SER.A/1954/Add.1, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su sexta sesión (del 3 de junio al 28 Julio, vol. II, 1954, p. 150.

aprobó en primera lectura su nuevo trabajo bajo el título “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, es decir, sustituyendo el antiguo término “delitos” por el nuevo “crímenes”, por entender que este último se ajusta más a la gravedad de los actos cometidos¹¹²¹. En otro orden, en el artículo 21 de dicho Proyecto, la CDI, bajo la denominación “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos”, trata de rescatar los elementos constitutivos de los crímenes contra la humanidad, como una manera de definirlos; mientras aclara que “sistemáticas” se refiere a una “*práctica constante o propósito metódico para cometer las violaciones*”, y “masivas”, al “*número de afectados por esas violaciones*”, y, a diferencia del anterior proyecto, reconoce que un particular dotado de poderes, organizaciones o bandas, también puede cometer crímenes contra la humanidad¹¹²². Por otro lado, amplía los delitos constitutivos de crímenes contra la humanidad al introducir la tortura, y aunque el delito de apartheid fue definido como tal en la citada Convención, en el proyecto aparece de manera autónoma.

En 1994 la CDI se dedicó a debatir la creación de una jurisdicción internacional antes que continuar con el desarrollo del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en el que terminara por definir de manera precisa los crímenes contra la humanidad. Y por otro lado, estudiar la posible repercusión que esos delitos suscitaran al ser definidos nuevamente en el Estatuto del TPIY en conexión con el conflicto armado, situación que ya se había creído debatida, es decir, que se cometan sin establecer un nexo con los crímenes de guerra y de agresión, lo que obligaría a descartar la existencia previa de un conflicto armado como condición *sine qua non*.

En ese mismo orden, es posible que la exclusión del nexo “guerra” en el Estatuto del TPIR de 1994 hubiera podido considerarse una rectificación de esa pretensión por parte de sus redactores; sin embargo, lo más lógico sería pensar que la comunidad internacional todavía no estaba totalmente convencida de que los crímenes contra la humanidad no necesitan del nexo “guerra” para ser definidos en consecuencia. Esta idea se puso de manifiesto cuando, a pesar de la rotundidad del pronunciamiento de la Sala

¹¹²¹ Doc. A/42/10, A/CN.4/SER.A/1987/Add.1 (Part 2), informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo noveno período de sesiones (del 4 de mayo al 17 de julio de 1987), vol. II, parte II, 1987, p. 13.

¹¹²² Doc. A/46/10, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), informe de la CDI..., *loc. cit. supra* en nota 764, pp. 111-112.

de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic*, en cuanto a que es una norma de derecho internacional consuetudinario que dichos crímenes pueden comentarse sin conexión con un conflicto armado¹¹²³, el requisito volvió a escenificarse, aunque de manera aislada, durante su debate en la negociación del Estatuto de Roma de 1998, si bien finalmente se optó por suprimirlo¹¹²⁴, una forma de reconocer que dichos crímenes están más vinculados a la protección internacional de los derechos humanos que a la leyes de la guerra¹¹²⁵.

Por tanto, en su informe de 1996, sobre el Proyecto de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, la CDI definió en el artículo 18 los crímenes contra la humanidad como: “*la comisión sistemática a gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo (...)*”, es decir, sin establecer el nexo “guerra” de manera obligada, por lo que en sus comentarios ripostó la definición establecida en el Estatuto del TPIY al concluir que éstos se pueden cometer tanto en tiempo de paz como de guerra, como enfatizó la misma jurisprudencia del Tribunal¹¹²⁶.

Por consiguiente, en el Estatuto de Roma de 1998, los crímenes contra la humanidad quedaron definidos y tipificados de manera precisa y detallada, estableciéndose que dicho crímenes son “cualquiera de los actos siguientes cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de la población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables

¹¹²³ Vid. *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 141.

¹¹²⁴ Darryl, Robinson, “Crimes against Humanity at the Rome Conference”, en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 43-57 (45-46). Algunos Estados como la India, China, la Federación Rusa y otros, eran partidarios de que se mantuviera el nexo “guerra”. Vid. Chaak, Beth Van, “The Definition of Crimes against Humanity...”, *loc. cit. supra* en nota 1119, p. 844.

¹¹²⁵ Akhavan, Payam, “Reconciling Crimes against Humanity with the Laws of War”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 1, 2008, pp. 21-37 (26).

¹¹²⁶ Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, p. 52. La CDI cita la destacada jurisprudencia del TPIY en el caso *Dusko Tadic*, la cual indicó que es una norma establecida en derecho internacional que los crímenes contra la humanidad no requieren de una conexión con un conflicto armado internacional (...), ni con ningún otro.

con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) apartheid y, k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

1. Elementos constitutivos de los crímenes contra la humanidad

Como hemos apuntado, los crímenes contra la humanidad fueron definidos y tipificados de manera precisa y detallada en el Estatuto de la CPI, y lo fueron por una mayoría de Estados que conforman la comunidad internacional, lo cual ha aportado mayor legitimidad y aceptación universal. En ese sentido, procedemos a analizar los elementos constitutivos de los crímenes tal como se infieren de su definición en el Estatuto, esto es, un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el elemento de intencionalidad, tal como es definido en el artículo 30 de acuerdo a la jurisprudencia internacional. Sin embargo, nuestro análisis será apoyado por los aportes de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, citados constantemente por la propia Corte, así como de destacados juristas sobre la materia.

A. Ataque generalizado o sistemático contra una población civil

En primer lugar, nos referiremos al significado de “ataque”, cual es definido como la comisión de cualquiera de los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad citados en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. Al observarlos, podemos intuir que no necesariamente el ataque ha de ser armado, es decir, se pueden cometer ataques contra una población civil sin la necesidad de hacer uso de la fuerza armada o la violencia, cuyo ejemplo paradigmático lo constituye el apartheid¹¹²⁷. Otro ejemplo podría ser infligir daño psicológico a las víctimas como otra forma de maltrato inhumano (otros tratos inhumanos), lo cual consumaría el ataque¹¹²⁸.

Asimismo, el ataque puede ser también definido como una serie de actos cometidos a gran escala, como parte también de un conjunto de actos inhumanos, o simplemente uno

¹¹²⁷ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I. *loc. cit. supra* en nota 176, par. 581.

¹¹²⁸ *Prosecutor v. Laurent Semanza* (ICTR-97-20-T), Trial Chamber III, *loc. cit. supra* en nota 1008, p. 98, par. 327; *Prosecutor v. Milomir Stakic* (IT-97-24-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1046, p. 176, par. 623.

solo de extraordinaria magnitud¹¹²⁹. Pero en definitiva, los distintos actos que conforman un ataque deben limitarse a los contemplados en el Estatuto, u otros no especificados, siempre que vayan en consonancia con el artículo 7 (k) (otros tratos inhumanos); y todo ello a los fines de evitar confundirlos con otros actos, aislados y fortuitos¹¹³⁰.

En segundo lugar, están los términos “sistemático” y “generalizado”, que durante el proceso de negociación del Estatuto de Roma supuso una fuerte discusión, pues una corriente era partidaria de que se incluyeran de forma acumulativa o conjunta (generalizado y sistemático) para poder demostrar la culpabilidad del acusado, y otros de forma alternativa o disyuntiva (generalizado o sistemático), siendo ésta última la finalmente adoptada¹¹³¹, similar a como fue analizado por la CDI en los comentarios del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996¹¹³². Dicha decisión respetó la fórmula contemplada en el Estatuto del TPIR, que difería de lo establecido en el Estatuto del TPIY, pues este último omitió hacer uso de los términos, pero su jurisprudencia lo puso en evidencia en el caso *Dusko Tadic*¹¹³³ y en el caso *Blaskic*, que definieron los términos como la escala o magnitud de los actos perpetrados y el número de víctimas por un lado, y un patrón o plan coordinado por otro¹¹³⁴.

Por tanto, queda entendido que en cuanto al primer término “generalizado”, se refiere al

¹¹²⁹ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* nota 61, pp. 69-70, par. 206.

¹¹³⁰ Schabas, Willian A., “State Policy as an Element of International Crimes”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n. 3, 2008, pp. 953-982 (960); Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 58, p. 51; Mettraux, Guénaél, “Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 43, n. 1, 2002, pp. 237-316 (260); Hwang, Phyllis, “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute...”, *loc. cit. supra* en nota 1130, p. 467; Gómez Benítez, José Manuel, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español”, en *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derechos Judicial*, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, n. 7, 2001, pp. 9-36 (21).

¹¹³¹ Entre los que preferían la opción conjunta estaban Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Federación Rusa, Japón, y otros. Vid. Schaak, Beth Van, “The Definition of Crimes against Humanity...”, *loc. cit. supra* en nota 1119, p. 844.

¹¹³² La CDI utiliza las expresiones “sistemática” y “a gran escala”, entendiéndose por la primera como llevar a cabo un plan o política, y por la segunda, que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, p. 51.

¹¹³³ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber, *loc. cit. supra* nota 87, p. 233, par. 648.

¹¹³⁴ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* nota 61, pp. 69-70, par. 206.

número de víctimas resultantes del ataque¹¹³⁵; sin embargo, la cuestión que se plantea es cuántas víctimas se necesitan para que uno o varios ataques constituyan crímenes contra la humanidad. Al respecto, hemos apuntado que el contenido tenía que ver con una multiplicidad de víctimas, hablando en términos cuantitativos, lo que no significa toda la población¹¹³⁶. La Sala de Primera Instancia de TPIY en el caso *Dusko Tadic* subraya que el término “población” pretende dar a entender el carácter colectivo, por lo que los actos individuales, aunque presumiblemente parezcan serlo, quedan fuera de los delitos que conforman crímenes contra la humanidad, pero no lo descarta totalmente, porque aclara que no es la víctima de manera individual la que por sus atributos es atacada, sino por su pertenencia a la población cual es dirigido el ataque¹¹³⁷; así, en relación al caso *Maski*, sobre el *Vukova Hospital Decision* Rule 61, la Sala pondera que un acto individual puede ser considerado como un crimen contra la humanidad siempre y cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil¹¹³⁸, tesis que repitió en el caso *Dario Kordic y Mario Cerkez*¹¹³⁹.

En relación al segundo término “sistemático”, éste ha sido el que más ha suscitado discusión en el ámbito de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la CPI y la doctrina, lo que nos obliga a retomar su significado nuevamente. Por un lado, los tribunales *ad hoc* han coincidido en que el término tiene que ver con el carácter organizado del ataque, es decir, que el perpetrador lo planifica antes de cometerlo, siguiendo un plan o política¹¹⁴⁰. El término fue incluido literalmente en el artículo 7 (2) (a) del Estatuto de Roma, respetando los comentarios del informe aludido de la CDI sobre el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, en referencia al término “sistemático”.

¹¹³⁵ Gómez Benítez, José Manuel, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad...”, *loc. cit. supra* en nota 1130, p. 30.

¹¹³⁶ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 580; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 51, par. 123; *Prosecutor v. Ignace Bagilishema* (ICTR-951A-T), Trial Chamber I, Judgement 7 June 2001, par. 77; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, Judgement, 22 February 2001, p. 143, par. 428.

¹¹³⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber... *loc. cit. supra* nota 87, p. 233, par. 644.

¹¹³⁸ *Prosecutor v. Mskic*, (IT-95-13-R61), Decision on Prosecutor's Motions, amid the review of the indictment pursuant to Rule 61 of the 9 Rules of Procedure and Evidence, Rule 61 proceedings, 3 April 1996, par. 30.

¹¹³⁹ *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 132, p. 48, par. 178; también *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 143, par. 431.

¹¹⁴⁰ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 580; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 51, par. 123.

Por consiguiente, esta forma adoptada en el Estatuto de Roma es la que presupone la participación de un gobierno u organización, excluyéndose por tanto los actos aislados perpetrados por un individuo o autoridad gubernamental, de ahí que se debe interpretar de manera restrictiva¹¹⁴¹, de modo que sólo pueda incluirse los órganos del Estado y los actores no estatales como grupos armados organizados o rebeldes que gobiernan un territorio específico, así como las asociaciones criminales organizadas si dirigen ataques contra una población civil, en definitiva. La CPI va inclusive más lejos, cuando enuncia cualquier organización con capacidad para perpetrar un ataque contra una población¹¹⁴².

Bassiouni formula una tesis muy contraria a esta opinión y en concreto a la disposición del artículo 7 (2) (a), en el sentido de que una “organización” sí, pero la que corresponde al Estado; por tanto, deja a un lado el término “organización” para referirse a los actores no estatales, concretamente puso el ejemplo de Al Qaeda a raíz de los acontecimiento del 11S¹¹⁴³. La posición de Bassiouni es excluyente, es decir, sólo admite que la “política” debe ser inferida de la actuación del Estado y sus órganos, mas no de una organización particular ajena al Estado.

¹¹⁴¹ Lippman, Matthew, “Crimes against Humanity”, *loc. cit. supra* en nota 1124, pp. (211-212)

¹¹⁴² *Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 186, pp. 126-127, par. 396; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), Situation in the Democratic Republic of the Congo, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges, Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009, p. 28, par. 396; Vid. también Burns, Peter, “Aspect of Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, A paper prepared for the Symposium on the International Criminal Court February 3 - 4, 2007, Beijing, China, ver en <http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/AspectofCrimesAgainstHumanity.pdf>, fecha de consulta 12 de diciembre de 2013. Pese a que debe interpretarse de modo restrictivo,

¹¹⁴³ Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity: Historical Evolution...*, *loc. cit. supra* en nota 1110, p. 27. En cuanto a la política terrorista llevada a cabo por Al Qaeda, no cabe duda de que muchos de sus actos poseen todas las características para ser calificados como crímenes contra la humanidad, ya que comprenden casi todos los delitos relacionados que los conforman como el asesinato, exterminio, traslado forzoso, violación, tortura, etc., todos cometidos como un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; sin embargo, todavía no hay consenso internacional para calificar los atentados terroristas como crímenes contra la humanidad, significando por tanto un vacío jurídico internacional al respecto. Recordemos que estos atentados fueron perpetrados de forma generalizada y sistemática contra una población civil, provocando la muerte de casi 3 mil personas; éstos, combinado a la condena enérgica por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, calificándolos como amenaza a la paz y seguridad internacionales, caen dentro del contexto de crímenes contra la humanidad. Obviamente, el tema del terrorismo internacional es muy complejo de tratar, sobre todo para determinar cuándo los individuos actúan por cuenta propia bajo el paraguas de simples células terroristas. Por tanto, pese a que la CPI no tiene competencia explícita sobre el terrorismo internacional, el mismo puede ser fácilmente incluido en otros actos inhumanos (artículo 7 (1) (k), como avanza Emilio Cárdenas. Ver Cárdenas, Emilio J., “El Terrorismo Internacional, Crimen de Lesa Humanidad”, en *Agenda Internacional*, año 1, n. 2, 2004, pp. 44-54 (44, 51). También Remiro Brotóns, Antonio, “El Orden Internacional Tras los Atentados del 11 de Septiembre de 2001...”, *loc. cit. supra* en nota 287, p. 130.

Respetuosamente diferimos de su argumento. A nuestro juicio, la política también debe ser inferida de una organización particular, diferente a la del Estado, pero que actúa como tal, pero sólo de aquella que es capaz de elaborar un plan y actuar de facto como una organización equiparable a la de un Estado en el sentido requerido. Por tanto, ser una organización que, como anota Alicia Gil, haya neutralizado los poderes del Estado o controle una parte del territorio, precisamente porque entonces los crímenes cometidos por facciones rebeldes o grupos revolucionarios contra el Estado no se considerarían crímenes contra la humanidad, y deberán serlo por participación o tolerancia de las autoridades establecidas de *iure* o de *facto*¹¹⁴⁴, como de hecho enuncian los elementos de los crímenes contra la humanidad; de ahí que, como apunta William Schabas, el término “organización” debe entenderse lo suficientemente amplio como para cubrir otras entidades aunque no sean reconocidas como tales¹¹⁴⁵.

De acuerdo a lo expresado, la política es un factor determinante a tomar en cuenta al momento de definir los crímenes contra la humanidad¹¹⁴⁶, porque esos crímenes generalmente son perpetrados por medio de un plan o política¹¹⁴⁷; de ahí que, como afirman los juristas Bassiouni y Kai Ambos, es precisamente el factor político el elemento que proporciona carácter de crimen internacional a los crímenes contra la humanidad, porque de otra manera los actos delictivos serían definidos como crímenes comunes de derecho interno¹¹⁴⁸. William Schabas comparte esta idea cuando opina que una definición abierta para dichos crímenes, es decir, excluyendo un plan o política, podría extenderse a cualquier acto aislado cometido por individuos, provocando una reacción en cadena de los Estados a abstenerse a formar parte del Estatuto de la CPI o en su caso, incumplir las obligaciones que el derecho internacional penal impone frente a la comisión de crímenes contra la humanidad tales como extraditar, ejercer la

¹¹⁴⁴ Gil Gil, Alicia, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los elementos de los crímenes”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos pos Roma*, Valencia, 2002, pp. 65-104 (79); también Ambos, Kai and Wirth, Steffen, “The Current Law of Crimes against Humanity...”, *loc. cit. supra* en nota 1117, p. 27.

¹¹⁴⁵ Schabas, William, *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, United State, 2010, p. 152.

¹¹⁴⁶ Mettraux, Guénaél, “Crimes against Humanity in the Jurisprudence...”, *loc. cit. supra* en nota 1130, p. 282.

¹¹⁴⁷ Mettraux, Guénaél, “The Definition of Crimes against Humanity and the Question of a ‘Policy’ Element, en *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Leila Nadya Sadat (edit.), Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 142-176 (152).

¹¹⁴⁸ Bassiouni, M. Cherif, Crimes against Humanity: Historical Evolution..., *loc. cit. supra* en nota 1110, p. 41; Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 58, p. 54.

jurisdicción universal o desaconsejar la aplicación de amnistías nacionales¹¹⁴⁹.

Sin embargo, en la jurisprudencia se ha sostenido reiteradamente que el elemento político no es un elemento constitutivo legal de los crímenes contra la humanidad, como tampoco lo es en el crimen de genocidio; así lo enfatizó la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Krstic*, aunque sí ponderó su importancia¹¹⁵⁰. En forma similar se había pronunciado la Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso *Akayesu*, subrayando que el factor político como uno de los elementos constitutivos de los crímenes contra la humanidad no debe estar supeditado a la exigencia previa de implementación de una política de Estado diseñada para cometer ataques contra la población civil, pero sí a la existencia de un plan preconcebido¹¹⁵¹.

En ese sentido, se pensó que, dada la redacción del artículo 7 (2) (a) del Estatuto de Roma, la jurisprudencia de la CPI iba a ser un tanto más innovadora que la de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y mixtos¹¹⁵². En principio no ha sido así, porque en el caso Bemba Gombo, de la República Centroafricana, la Sala de Cuestiones Preliminares III dictaminó que la existencia de una política estatal o de una organización es un elemento del carácter sistemático por el que puede ser inferido un ataque¹¹⁵³. De ello se deriva que la Sala no considera tampoco la política como un elemento legal para la definición de los crímenes contra la humanidad, sino como un requisito contextual separado, pero relevante. En todo caso, la Sala advierte que política y grado de organización exigido en el artículo 7 (2) (a) puede ser aplicado a cualquier organización que es capaz de cometer ataques generalizados o sistemáticos contra la

¹¹⁴⁹ Schabas, William, *The International Criminal Court: A commentary...*, *loc. cit. supra* en nota 1145, pp. 151-152.

¹¹⁵⁰ *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1008, p. 73, par. 225. También *Prosecutor v. Goran Jelisić* (IT-95-10-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1081, par. 48; *Prosecutor v. Mikaeli Mihima* (ICTR-95-1B-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 28 April 2005, p. 96, par. 527; *Prosecutor Vs. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* (case SCSL-04-14-A) (case CDF), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 734, par. 246.

¹¹⁵¹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 580.

¹¹⁵² En su caso, el TESL siguió la línea marcada por los tribunales *ad hoc*, véase en *Prosecutor Vs. Moinina Fofana and Allieu Kondewa* (case SCSL-04-14-A) (case CDF), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 734, par. 246.

¹¹⁵³ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, 10 June 2008, p. 15, par. 33.

población civil¹¹⁵⁴.

No obstante, la situación en Kenia ha sido un tanto reveladora, estableciéndose un nuevo umbral, al margen de los argumentos ofrecidos por los tribunales *ad hoc*. Aquí la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI considera el criterio político indispensable, pero esta vez los presuntos crímenes contra la humanidad cometidos después de celebrarse las elecciones presidenciales de 2007 quedaban supeditados a la prueba de la existencia no del grado de organización del grupo que perpetró los ataques, sino de su capacidad de atentar contra los derechos humanos fundamentales, todo ello como una forma de ponderar los actos cometidos dentro de una política, que por definición sugiere planificación, organización y dirección¹¹⁵⁵.

En efecto, como de hecho las organizaciones estatales cumplen con los requisitos, el problema radica en las organizaciones particulares, que según la Sala debe analizarse caso por caso, tomando en cuenta su estructura, es decir, que tenga un mando responsable, sujeto a ciertas jerarquías, y que posea los medios necesarios para llevar a cabo ataques sistemáticos o generalizados contra una población civil, si ejerce control sobre una parte del territorio, si es la población su objetivo principal, si de manera explícita o implícita tiene la intención de atacar una población civil¹¹⁵⁶. A raíz de las evidencias presentadas, la Sala estima que muchos de los ataques perpetrados fueron planificados, dirigidos y organizados por líderes locales, empresarios asociados a los principales partidos políticos y miembros de la fuerza policial¹¹⁵⁷.

Como se ha podido observar, la jurisprudencia citada podría ser considerada como un cambio de tendencia dirigido a reconocer la política de un Estado u organización como un elemento constitutivo imprescindible de los crímenes contra la humanidad. Lo cual va en conexión a lo estipulado en el citado artículo 7 (2) (a) del Estatuto de Roma, que, por otro lado, es el reflejo de una *opinio juris* de los Estados, imponiendo de ese modo

¹¹⁵⁴ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), Situation in the Democratic Republic of the Congo, *loc. cit. supra* en nota 1142, p. 28, par. 81; *Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 186, p. 126, par. 396.

¹¹⁵⁵ Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (ICC-01/09), Pre-Trial Chamber II, 31 March 2010, pp. 35 y 36, pars. 85-86.

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 38-40, pars. 90-93.

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 49 y ss., par. 117 y ss.

dicho criterio, como apunta Schabas¹¹⁵⁸, lo que probablemente entre a formar parte del derecho internacional consuetudinario, como señaló la Corte Suprema de Canadá en el caso *Mugesera*¹¹⁵⁹, ya que, según lo analizado por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Kunarac*, no ha constituido parte de ese derecho el requerimiento de un plan o política para los crímenes contra la humanidad¹¹⁶⁰.

Dicho esto, la interpretación reiterada de los tribunales *ad hoc* de excluir la política o un plan preconcebido para atacar una población civil como elemento legal estaría siendo redefinida. Pues la posición de estos tribunales aludidos, a nuestro entender, tiene una explicación plausible, y es que, como se deduce de los elementos constitutivos de los crímenes contra la humanidad¹¹⁶¹, en la práctica resulta muy difícil demostrar el elemento intencional o culpa en la comisión de esos crímenes por medio del factor político, sobre todo cuando se señala en el artículo 3 de los elementos de los crímenes que la “política” debe ser entendida como que promueve y alienta activamente a

¹¹⁵⁸ Schabas, Willian A., “State Policy as an Element of International Crimes”, *loc. cit. supra* en nota 1130, p. 960; También Chernor Jalloh, Charles, “What Makes a Crime against Humanity a Crime against Humanity”, en *American University International Law Review*, vol. 28, n. 2, 2013, pp. 381-441(398); Kress, Claus, “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization Within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n. 4, 2010, pp. 855-873 (870); Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 58, p. 51; Mettraux, Guénaël, “Crimes against Humanity in the Jurisprudence...”, *loc. cit. supra* en nota 1130, p. 260; Hwang, Phylilis, “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 22, n. 2, 1998, 457-504 (467).

¹¹⁵⁹ La Corte cree que si bien la existencia de un plan o política solo puede ser útil para fines probatorios, el derecho internacional consuetudinario puede evolucionar con el tiempo, y por tanto el requerimiento de un plan o política puede entrar a formar parte de un elemento constitutivo de los crímenes contra la humanidad.. Vid. *Mugesera v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40, 28 June 2005, p. 76, par. 158. Publicado en <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/0/3F8A3667BF0465E8C12576F000387C63>, fecha de consulta 16 de diciembre de 2013.

¹¹⁶⁰ *Prosecutor v. Kunarac, et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgment, 12 June 2002, pp. 29-30, par. 98. Otros autores siguen la misma línea, vid. el siguiente artículo de Machteld, Boot y otros, “Article 7”, en “Article 7: Crimes against Humanity”, *Commentary on the Statute of the International Criminal Court: Observers Notes, Article by Article*, Otto Triffterer (ed.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008, pp. 159-273 (236). Por su parte, Mettraux analiza la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, y enfatiza que dicho tribunal nunca hizo referencia en modo preciso a la existencia de un plan o política para cometer crímenes contra la humanidad, tampoco la referida Ley 10 del Consejo de Control. A continuación hace un repaso a partir de 1947, comenzando con la Declaración de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Tribunal de Núremberg y los Juicios del Tribunal, la Convención contra el Genocidio, la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y el Apartheid, no encontrando referencia alguna sobre el elemento política, hasta llegar al artículo 7 (1) del Estatuto de Roma. Vid. Mettraux, Guénaël, “Crimes against Humanity in the Jurisprudence...”, *loc. cit. supra* en nota 1130, pp. 270-282; con argumentos parecidos, pero diametralmente opuestos está el artículo de Schabas, Willian A., “State Policy as an Element of International Crimes”, *loc. cit. supra* en nota 1130, pp. 953-982.

¹¹⁶¹ Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma Aprobados en New York, en septiembre de 2002, por la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma. Vid. en <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosEstatuto/PAG0569.pdf>, fecha de consulta 14 de diciembre de 2013.

cometer el ataque, exigiendo de esa manera un umbral muy alto¹¹⁶². Pero al mismo tiempo parece entrar en contradicción cuando en la nota a pie de página de dicho artículo señala que si bien es cierto que una acción de un gobierno u organización podría degenerar en un ataque de forma omisa o inconsciente, “*no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción*”, por lo que vuelve a señalar que el elemento político al menos es imprescindible.

De momento, la CPI no ha discutido fuertemente el umbral requerido del “plan o política” presumiblemente como un elemento constitutivo legal de los crímenes contra la humanidad; en su lugar desvió la atención hacia la capacidad del Estado u organización para cometer un ataque contra una población civil, pero el voto disidente del juez Hans-Peter Kaul lo puso en evidencia¹¹⁶³. En ese sentido, creemos que la forma más competente de concebir la ausencia de un plan o política declarada, es haciendo un uso restringido de los términos, sobre todo si es deseo de la comunidad internacional enjuiciar a las personas responsables de delitos graves que sobrepasan fronteras¹¹⁶⁴.

Carece de sentido lógico la exigencia de un umbral tan elevado de un plan o política activa por parte del Estado u organización que promueva y aliente un ataque contra una población civil, todo lo contrario, la jurisprudencia reiterada de los tribunales *ad hoc* de excluir la política como elemento legal de los crímenes contra la humanidad ha servido para reforzar esta tesis de que no se necesita un umbral tal alto para proscribir la comisión de los crímenes¹¹⁶⁵. Es suficiente la tolerancia o el consentimiento de los actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad por parte de las autoridades estatales u

¹¹⁶² *Ibidem*, elementos de los crímenes contra la humanidad, par. 3.

¹¹⁶³ La decisión de la Sala de autorizar al Fiscal a iniciar la investigación se adoptó con el voto disidente del juez Hans -Peter Kaul, quien no dudó en ponderar que muchos actos violentos fueron planificados y planeados de antemano, y por ende era constatable una política de Estado para atacar a la población civil, pero entiende que dichos actos carecieron de organización, al no cumplirse la estructura, composición y duración de los mismos. En suma, cree que los actos violentos pueden ser definidos como una consecuencia del caos, la anarquía, la falta de control o de autoridad del Estado en la mayor parte del país y la ausencia de organismos en la aplicación de la ley. Vid. Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (ICC-01/09), Pre-Trial Chamber II, 31 March 2010, pp. 78-79, par. 150-153, del voto disidente.

¹¹⁶⁴ Obel Hansen, Thomas, “The Policy Requirement in Crimes against Humanity: Lessons From and for the Case of Kenya”, en *George Washington International Law Review*, vol. 43, n. 1, 2011, pp. 1-41 (41).

¹¹⁶⁵ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber... *loc. cit. supra* nota 87, pp. 238-239, par. 653; *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgement, 14 January 2000, pp. 219-220, pars. 551-552; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 132, pp. 49-50, pars. 181-182.

organización¹¹⁶⁶ para que comprometan la responsabilidad penal individual¹¹⁶⁷.

No obstante la importancia y de que el elemento que infiere una política diseñada es el factor principal por el que la mayoría de los crímenes contra la humanidad son cometidos, subrayamos que el mismo debería ser eliminado del Estatuto de Roma, porque mantenerlo sólo ha servido para dificultar precisar una definición coherente de estos crímenes¹¹⁶⁸. Al tiempo de que sería un elemento más añadido que demostrar, convirtiéndose en un obstáculo y un reto para la justicia internacional penal al momento de investigar, analizar y recabar pruebas, y mientras eso ocurre, probablemente, los verdaderos responsables de tales atrocidades son protegidos bajo el paraguas de la impunidad estatal y organizacional más absoluta. En todo caso, se prevé que la política continuará siendo parte del concepto de crímenes contra la humanidad como lo demuestra el estudio o proyecto que se está realizando para la adopción de una convención internacional contra esos crímenes¹¹⁶⁹, y así será mientras los mismos dependan de la noción de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, que razonablemente lleva implícito la política, lo que sirve para excluir los actos aislados cometidos al azar, como se ha enunciado.

Por otra parte, como el ataque generalizado o sistemático va dirigido contra una “población civil”, es necesario destacar dicho concepto nuevamente. En tiempo de guerra la definición de “población civil” comprende el conjunto de todas las personas civiles, y en tiempo de paz un tanto similar. El TPIR ha ofrecido una definición acerca de quiénes son personas civiles en tiempo de paz, y lo hizo en ocasión del conflicto armado interno ocurrido en Ruanda, según el Tribunal eran civiles todas las personas, exceptuando aquellas que tenían el deber de mantener el orden público como los

¹¹⁶⁶ Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 58, p. 56.

¹¹⁶⁷ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, pp. 220 y 221, pars. 552, 555: Vid. también Ambos, Kai and Wirth, Steffen, “The Current Law of Crimes against Humanity...”, *loc. cit. supra* en nota 1117, p. 32. Contrario a esta opinión véase Cassese, Antonio, *International Criminal Law...*, *loc. cit. supra* en nota 990, p. 125.

¹¹⁶⁸ Mettraux, Guénaél, “The Definition of Crimes against Humanity and the Question...”, *loc. cit. supra* en nota 1147, p. 150.

¹¹⁶⁹ Véase la elaboración del proyecto en: <http://law.wustl.edu/harris/crimesagainsthumanity/?p=1585>, fecha de consulta 22 de marzo de 2014.

miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR), el Frente Patriótico Ruandés (RPF) la policía y gendarmería nacionales¹¹⁷⁰.

Del mismo modo, el análisis versa también sobre situaciones comprometidas con un conflicto armado. Como se comprenderá, se ha seguido la línea marcada por la costumbre internacional y el derecho internacional humanitario para unos crímenes que son esencialmente violaciones de normas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que, siguiendo a Kai Ambos, ha predominado la consistencia de que los crímenes contra la humanidad continúan siendo una extensión de los crímenes de guerra en tiempo de paz cuando se cometen durante ese contexto¹¹⁷¹.

En efecto, en un conflicto armado interno, se infiere que son consideradas personas civiles todos los que no son rebeldes, incluso los que habiéndolo sido han depuesto las armas, o han sido puestos fuera de combate por herida, enfermedad, detención o cualquier otra causa, todo ello de acuerdo a como lo señala el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949¹¹⁷². En cambio, en un conflicto de carácter internacional, la distinción clásica la establece el derecho internacional consuetudinario y las convenciones de Ginebra de 1949. En relación a esto último, el artículo 50 del Protocolo Adicional I y el artículo 4, A (1), (2), (3) y (6), del tercer Convenio proclaman que los miembros de las fuerzas armadas, de las milicias y cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas armadas, no se consideran civiles, como tampoco lo son los miembros de fuerzas de resistencia organizadas, como tal si llevan un distintivo reconocible a distancia, llevan armas a la vista y realizan sus operaciones de acuerdo con las leyes y costumbres de la guerra; señala además que la presencia de soldados dentro de una población civil no la priva a ella de su condición de civil. Asimismo, bajo ciertas características, los miembros de un cuerpo de resistencia y ex combatientes, que ya no participan activamente en las hostilidades, y por tanto han dejado las armas por sus heridas o por estar detenidos, también se consideran civiles¹¹⁷³.

¹¹⁷⁰ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 53, pars. 127-128

¹¹⁷¹ Ambos, Kai, “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 17, 2012, pp. 1-30 (11).

¹¹⁷² *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 582.

¹¹⁷³ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* nota 61, p. 72 par. 214.

En el caso *Kupreskic*, la Sala de Primera Instancia es de opinión de que la población civil debería abarcar además a los combatientes, y expresa su inquietud por esta limitación en cuanto a que la prohibición de los crímenes contra la humanidad busca salvaguardar los valores básicos humanos¹¹⁷⁴. Si bien es cierto que esta tesis tiene un enfoque humano, no menos cierto es que, de ser así, los crímenes contra la humanidad perderían cierta autonomía, porque es precisamente un ataque contra la población civil una de sus características principales, al tiempo que la diferencia consiste necesariamente en separar las batallas entre militares y soldados cubiertos por los crímenes de guerra¹¹⁷⁵. De ahí que el TPIY en el caso *Dusko Tadic* haya enfatizado que el objetivo de ataque debe ser necesariamente una población predominantemente de naturaleza civil¹¹⁷⁶. Por ello, creemos que sólo en tiempo de paz podrían ser considerados también los soldados parte integrante de la definición de población civil.

B. El elemento mental de los crímenes contra la humanidad

El conocimiento es uno de los elementos constitutivos imprescindible para probar la comisión de los crímenes contra la humanidad, mismo que figura en el artículo 7 (1) del Estatuto de Roma como “conocimiento de dicho ataque”. Pero aquí el elemento mental del delito sólo puede ser concluyente si además se demuestra que el autor conocía que sus actos iban dirigidos a cometer un ataque contra una población civil¹¹⁷⁷, siendo este elemento que define la intención establecido en el artículo 30 del Estatuto.

Por tanto, el elemento mental del delito se divide en dos: conocimiento e intención, pero ambos son tratados de manera conjunta por la jurisprudencia¹¹⁷⁸, y un tercer elemento podría ser el discriminatorio (ataque por su pertenencia a un determinado grupo humano), incluido en el Estatuto del TPIR, pero excluido de los Estatutos del TPIY y la

¹¹⁷⁴ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, pp. 218, pars. 547.

¹¹⁷⁵ Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *loc. cit. supra* en nota 1110, p. 104.

¹¹⁷⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber... *loc. cit. supra* nota 87, p. 229, par. 638.

¹¹⁷⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber... *loc. cit. supra* nota 87, p. 241, par. 656; *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber... *loc. cit. supra* en nota 119, p. 112, par. 248; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 132, p. 51, pars. 185; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)... *loc. cit. supra* en nota 507, p. 55, par. 134; R. v. Finta, 1994, 1 SCR 701, p. 706 (correspondiente a *The Requisite Elements of the Crime Described by Section 7(3.71)*), *vid.* en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1124/1/document.do>, fecha de consulta 22 de agosto de 2014.

¹¹⁷⁸ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, p. 222, par. 556.

CPI, precisamente porque no forma parte del derecho internacional consuetudinario¹¹⁷⁹, y a los fines de evitar caer en la exclusión de grupos¹¹⁸⁰, como ha ocurrido en el caso del genocidio. En todo caso, la importancia de este último elemento radica solamente en cuanto al delito de persecución¹¹⁸¹, así como para definir lo que se entiende por población objeto del ataque, la que está siendo discriminada, a este respecto, se entiende que técnicamente población civil se refiere a grupos humanos con ciertas características homogéneas, ya sea porque están separados geográficamente o simplemente por ser un grupo autónomo¹¹⁸²; en cuyo caso está compuesta por todas las personas civiles, llamados así porque no participan directamente en las hostilidades.

Evidentemente, el segundo elemento viene a ser el componente central y esencial, es el que determina la comisión del crimen¹¹⁸³, y es así, porque si en el transcurso de la comisión de cualquiera de los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad el autor lo hace con desconocimiento de causa, es decir, que su intención no sea cometer un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, difícilmente será acusado por crímenes contra la humanidad, más bien por cualquiera de los delitos afines recogidos en su derecho interno¹¹⁸⁴.

En efecto, para evitar que personas acusadas de haber cometido crímenes contra la humanidad puedan escudarse de haberlos cometido sobre la base de que nunca tuvieron la intención de atacar a una población civil, los elementos de los crímenes aprobados en 2002 aclaran que no es necesario que el autor tuviera conocimiento de todas las características, detalles y planes precisos del ataque preconcebido, basta con que haya tenido la intención¹¹⁸⁵. Al respecto, la Sala de Primera Instancia del caso *Dusko Tadic*,

¹¹⁷⁹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-A), Appeals Chamber... *loc. cit. supra* en nota 1179, p. 138, par. 466.

¹¹⁸⁰ Darryl, Robinson, "Defining "Crimes against Humanity" at the Rome...", *loc. cit. supra* en nota 1124, pp. 46-47.

¹¹⁸¹ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber... *loc. cit. supra* en nota 119, p. 135, par. 305; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 132, p. 51, par. 186; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-A), Appeals Chamber... *loc. cit. supra* en nota 1179, pp. 137-139, pars. 464-469.

¹¹⁸² Mettraux, Guénaél, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence...", *loc. cit. supra* en nota 1130, p. 255.

¹¹⁸³ Darryl, Robinson, "Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference", en: *AJIL*, vol. 93, n. 1999, pp. 43-57 (52).

¹¹⁸⁴ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber... *loc. cit. supra* en nota 119, p. 121, par. 271.

¹¹⁸⁵ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad., par. 2.

siguiendo el dictamen del caso Finta ante la Corte Suprema de Canadá, ha declarado que la intención puede inferirse inclusive de pruebas circunstanciales, en ciertos casos hasta de forma implícita¹¹⁸⁶, que como afirma Mettraux pueden ser deducidas del rol o función del perpetrador en el Estado o en la organización a la que pertenece y su vinculación con la campaña civil o militar que se está ejecutando; su jerarquía, su participación o implicación en los actos violentos como el asesinato; deportación, violación; sus discursos y expresiones xenófobas en detrimento del grupo que supone es su enemigo; la noción que puede inferirse del autor a través de los medios de comunicación y la prensa durante la escala general de los acontecimientos violentos, etc.¹¹⁸⁷.

La jurisprudencia también señala que una persona podría ser responsable de la comisión del crimen por medio de la intención indirecta o maliciosa, esto es, que se haya producido una consecuencia o resultado de un acto sin que el autor lo haya deseado deliberadamente pero sabía que se produciría, en suma, la persona asume las consecuencias de un riesgo, pero no sabía que produciría un daño¹¹⁸⁸. Esto es precisamente lo que establece el apartado 3 del artículo 30 del Estatuto, según el cual, el autor conocía la circunstancia o sabía que una consecuencia se produciría en el curso normal de los acontecimientos. El supuesto está basado en la teoría del riesgo, lo cual es muy orientativo en el sentido de determinar que una persona supuestamente responsable de un acto previamente conocía del ataque y de su peligrosidad, elementos suficientes para comprender los deseos del autor¹¹⁸⁹.

Finalmente, los crímenes contra la humanidad también pueden ser el resultado de motivos puramente personales, en caso de que se cometa fuera de la existencia de un conflicto armado. Sin embargo, se ha llegado a la conclusión de que los motivos son irrelevantes porque lo importante es que el elemento mental del delito exige del perpetrador su conocimiento de que el ataque va dirigido contra una población civil, lo

¹¹⁸⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber... *loc. cit. supra* nota 87, pp. 241-242, par. 657.

¹¹⁸⁷ Mettraux, Guénaél, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence...", *loc. cit. supra* en nota 1130, p. 262.

¹¹⁸⁸ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* nota 61, pp. 83-84, par. 254; *Prosecutor v. Kunarac, et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1160, p 31, par. 102.

¹¹⁸⁹ Ambos, Kai, "Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional", *loc. cit. supra* en nota 1171, pp. 13-14.

cual hace innecesaria la existencia de un conflicto armado, pues, como hemos destacado, es una norma de derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos también en tiempo de paz¹¹⁹⁰.

2. Actos individuales o específicos

El artículo 7 (1) del Estatuto de Roma engrosa la lista de los actos específicos considerados en el derecho internacional penal contemporáneo como crímenes contra la humanidad, por lo que es mucho más completa en comparación con la de los tribunales *ad hoc*. Cada uno es definido de acuerdo a su estructura, y representa un delito grave de trascendencia internacional, por lo que es de la competencia de la CPI ejercer su jurisdicción cuando una situación le sea sometida. El elemento mental de cada delito difiere el uno del otro, pero están unidos por un factor común: que todos deben ser cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. A continuación procedemos a definir cada uno de estos crímenes, tal como lo establece el Estatuto de CPI, tomado como referencia porque es el instrumento jurídico internacional actual vinculante para más de 120 Estados.

A. Asesinato

El asesinato es el primero de la lista que comprende los crímenes contra la humanidad en el artículo 7 (1) (a) del Estatuto de Roma, y también es el único delito que carece de una precisa definición. La razón, según la CDI, es que es un delito común, tipificado en todos los sistemas jurídicos del mundo¹¹⁹¹, generalmente con características similares, casi siempre llamado homicidio intencional o agravado, por lo que su concepto puede ser fácilmente deducido. En todo caso, para compensar la ausencia de conceptualización del delito, los jueces están llamados a aplicar el artículo 21 para poder estatuirlo, que como bien indica se debe comenzar por los elementos de los crímenes contra la humanidad junto a las reglas de procedimiento y prueba; seguido de los tratados, principios y normas de derecho internacional, y por último, de los principios generales que la Corte estime oportuno derivados del derecho interno de los Estados, siempre y

¹¹⁹⁰ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber... *loc. cit. supra* en nota 119, pp. 144-143, par. 151-153; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 132, p. 51, par. 187.

¹¹⁹¹ Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, p. 48, par. 7.

cuando sean compatibles con el Estatuto¹¹⁹².

En ese mismo orden, creemos que la labor realizada por los tribunales *ad hoc* respecto al crimen, también contribuirá en definitiva a servir de guía en algunos aspectos del trabajo a desempeñar por la CPI - pese a que no está obligada - porque son quienes han forjado jurisprudencia inmediatamente anterior a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma. Por esta razón, nos permitimos hacer algunos señalamientos de cómo ha sido desarrollado el crimen.

En el Estatuto de Roma el término que define el asesinato en la versión inglesa es “murder”, mientras que en la francesa es “meurtre”. Sin embargo, los tribunales *ad hoc* fueron los primeros en tratarlo antes que la propia CPI, y se vieron en la disyuntiva de analizar por separado la terminología usada en ambos Estatutos. Éstos contemplaban el asesinato de la manera siguiente: en la versión inglesa “murder” y en la versión francesa “assassinat”. Entre uno y otro término hay notables diferencias, por un lado, “murder” es entendido como homicidio intencional, sin que necesariamente vaya acompañado de premeditación, y difiere del término “killing” que es también asesinato con sentido más amplio, podría decirse, por ejemplo, de un homicidio menos culposo, inclusive muerte no intencional, y por otro lado, “assassinat” viene a significar muerte agravada u homicidio con premeditación o alevosía, en lugar de su otra vertiente “meurtre” cual es asesinato no necesariamente agravado o premeditado, excluyendo el perpetrado de forma imprudente¹¹⁹³. En ese sentido, “killing” es igual a la versión francesa “meurtre”, y “murder” un tanto parecido a la versión francesa assassinat.

La diferencia ante todo tiene que ver con la intención del perpetrador, en concreto con la premeditación, elemento que define el asesinato en la mayoría de los sistemas jurídicos del *civil law* (sistema continental), contrario al *common law* (que la prevé pero no es

¹¹⁹² En concordancia con ello véase a Darryl, Robinson, “Defining “Crimes against Humanity” at the Rome...”, *loc. cit. supra* en nota 1124, p. 52.

¹¹⁹³ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 56, pars. 137-138; Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, p. 83; Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crime...*, *loc. cit. supra* en nota 56, p. 442; Ambos, Kai and Wirth, Steffen, “The Current Law of Crimes against Humanity...”, *loc. cit. supra* en nota 1117, p. 53; Schabas, William A., *Genocide in International Law*, *loc. cit. supra* en nota 554, p. 242.

requerido)¹¹⁹⁴. En ese sentido, la versión francesa “assassinat” (asesinato u homicidio agravado) podría excluir el asesinato imprudente o no intencional, y por tanto incluir taxativamente la premeditación. Por esta razón, en el caso *Akayesu*, por ejemplo, la Sala de Primera Instancia I opta por la versión que dice ser la menos restrictiva y más favorable al acusado (en relación al genocidio¹¹⁹⁵), la inglesa, por ser la que dicta el derecho internacional consuetudinario, y argumenta que su par, la francesa, adolece de un error de traducción; por lo que define el delito como: a) la víctima está muerta, b) la muerte ha sido consecuencia de la comisión de acto ilegal o comisión por parte del acusado o un subordinado, y c) en el momento de la muerte el acusado o un subordinado tenía la intención de matar o causar lesiones corporales graves, y haber sabido que al ocasionar tales daños, la víctima probablemente moriría, por lo que carece de importancia si la muerte es segura o no¹¹⁹⁶, en términos análogos lo analiza el TPIY en el caso *Delalic*¹¹⁹⁷.

Por su parte, la Sala de Primera Instancia II, en el caso *Kayishema and Ruzindana*, también procuró utilizar la versión más favorable al acusado, entendiendo que el término francés “assassinat” no presenta ningún error de traducción, bajo el entendido de que el *mens rea* se superpone en ambas interpretaciones; se apoya en las imperfecciones de ambos Estatutos, por ejemplo, el del TPIY exigía la necesidad de una conexión de los crímenes con el conflicto armado y el del TPIR la intención discriminatoria, ambos contrario al derecho internacional consuetudinario, por tales razones, lo mismo podría decirse de “murder y assassinat”. En ese sentido, señala que ciertamente el uso del término “assassinat” en francés podría haber significado para los redactores que sólo un estándar más alto del crimen habría sido suficiente¹¹⁹⁸. Por ello, en cuanto al *mens rea* requerido, apunta por la intención y el homicidio premeditado (assassinat), en suma cree que el perpetrador es culpable de asesinato cuando causa la

¹¹⁹⁴ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 56, par. 137.

¹¹⁹⁵ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 501; *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, pp. 25-26, par. 49.

¹¹⁹⁶ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 589, también *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-A), Trial Chamber I, Judgement and Sentence 27 January 2000, pars. 214-215.

¹¹⁹⁷ *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, p. 155, par. 424.

¹¹⁹⁸ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, pp. 56-57, par. 138.

muerte de una persona por un acto u omisión premeditada, con la intención de matar a cualquier persona y con la intención de causar lesiones corporales graves a cualquier persona¹¹⁹⁹.

Efectivamente, si se optaba por la versión francesa, se colocaba al acusado en una situación más favorable, porque suponía mayor carga de prueba al tribunal en la búsqueda del significado de matar¹²⁰⁰. En todo caso, los tribunales resolvieron su contradicción al suprimir la premeditación en ambos términos, o más bien excluyendo ese requisito del asesinato que casi siempre en el derecho interno de los sistemas jurídicos del *civil law* es imperioso; y lo han hecho de forma directa cuando lo señalan literalmente¹²⁰¹, y de modo indirecto cuando hacen referencia al asesinato cometido por omisión o un subordinado¹²⁰².

Por otro lado, la referencia a subordinado por ambos tribunales puede crear confusión, dado que el autor (un subordinado) pueda que por cuenta propia haya querido asesinar, por lo que la culpabilidad por responsabilidad del superior no surtiría efecto en este caso, tan sólo para afianzar dicha responsabilidad. Asimismo, de un modo parecido, que el subordinado haya tenido la intención de asesinar y su superior no, y dado que estamos hablando de responsabilidad individual, carece de sentido poner énfasis en lo subordinado¹²⁰³.

En otro orden de ideas, la jurisprudencia ha establecido que el *mens rea* para el asesinato consiste en el intento de matar o causar lesiones corporales graves a cualquier persona, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población

¹¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 57-58, par. 139-140.

¹²⁰⁰ Chesterman, Simon, “An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 10, n. 2, 2000, pp. 307-343 (330).

¹²⁰¹ *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 132, p. 67, par. 235; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 61, p. 73, par. 216; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 58, par. 140

¹²⁰² *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 589; *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-T), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 27 of January 2000, par. 215; *Prosecutor v. Goran Jelusic* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, p. 9, par. 35.

¹²⁰³ Chesterman, Simon, “An Altogether Different Order...”, *loc. cit. supra* en nota 1200, pp. 331-332.

civil¹²⁰⁴. Por tanto, creemos que la CPI difícilmente tendrá problemas al momento de determinar el elemento mental del asesinato, al conocerse sobre todo que el requisito de la premeditación no es obligatorio.

Finalmente, todos estos elementos fueron a su vez reconocidos en los elementos que constituyen el crimen de asesinato en el Estatuto de Roma, a saber: “a) que el autor haya dado muerte a una o más personas, b) que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y, c) que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”¹²⁰⁵. Estos dos últimos elementos no deben interpretarse de manera restrictiva, pues ha quedado establecido en el artículo 7 (3), nota a pie de página, que necesariamente debe demostrarse que el autor haya tenido conocimiento de los detalles, políticas o plan como cometer el crimen, sino puede ser el resultado de un acto omiso, o incitación inconsciente de actuar¹²⁰⁶.

B. Exterminio

El Estatuto de la CPI define el exterminio en su artículo 7 (2) (b) como “la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”. Como se puede observar, hay cierta analogía con el crimen de genocidio, sin embargo difiere de este último en lo referente al elemento discriminatorio, pues no se exige que el ataque vaya dirigido contra un grupo específico, de ahí su importancia y su aplicación para situaciones diferentes a la del crimen comparado¹²⁰⁷.

¹²⁰⁴ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 589; *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, pp. 35-36, par.79; *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-T), Judgement and Sentence, 27 of January 2000, par. 215; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 132, p. 67, par. 236; *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgement, 14 January 2000, p. 224, par. 56; *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 118, p. 160, par. 439;

¹²⁰⁵ Elementos de los crímenes aprobados en New York, por la Asamblea de Estados Partes, septiembre de 2002, elementos de los crímenes contra la humanidad correspondientes al asesinato.

¹²⁰⁶ Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2005, pp. 59-60.

¹²⁰⁷ LH McCormack, Timothy, “Crimes against Humanity”, en: *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, en: Dominic McGoldrick *et al* (edits.), Hart Publishing, North America (US and Canada), Portland, Oregon, 2004, pp. 179-201 (190).; Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, en: *Yale Journal of International Law*, vol. 29, n. 1, 2004, pp. 85-167 (97).

Del mismo modo, el exterminio es muy parecido al “asesinato”, salvo que, como su nombre indica, persigue la destrucción en masa¹²⁰⁸. En sus aproximaciones con el asesinato lo ha llevado inclusive a prácticamente exigirse los mismos elementos de los crímenes, los cuales son: “a) que el autor haya dado muerte a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población, b) que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza, c) que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, y d) que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o quiso que su comportamiento fuera parte de un ataque de ese tipo”¹²⁰⁹.

En ese mismo orden, cabe destacar que los tribunales *ad hoc* han sacado a relucir estos elementos en sus análisis. Por ejemplo, en el caso *Akayesu y Kayishema*, las Salas de Primera Instancia I y II del TPIR estiman que el exterminio requiere que: a) el autor o su subordinado participó en el asesinato del grupo que se quiso erradicar, b) la acción u omisión ilícita fue intencional, c) el acto cometido de forma omisa e ilícita fue parte de un ataque generalizado o sistemático, d) el ataque debe ser contra una población civil, y e) el ataque debe ser por motivos discriminatorios¹²¹⁰. Asimismo, en el TPIY ha sido definido en términos similares: a) la realización de un acto o combinación de actos con el objetivo de causar la muerte a un gran número de personas, b) el perpetrador tiene la intención de asesinar, infligir lesiones corporales graves o simplemente causarlas a sabiendas de que esa acción u omisión podría degenerar en la muerte; del mismo modo, el autor ha tenido la intención de participar en el asesinato de un número de individuos, con el conocimiento de que su acción forma parte de una empresa destinada a asesinar

¹²⁰⁸ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 591-592; también *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, p. 37, par. 83.

¹²⁰⁹ Elementos de los crímenes aprobados en New York, por la Asamblea de Estados Partes, septiembre de 2002, elementos de los crímenes contra la humanidad correspondientes al exterminio.

¹²¹⁰ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 592; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 59, par. 144; *Prosecutor v. Ignace Bagilishema* (ICTR-951A-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 37, par. 89; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 59, par. 144; *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 434, pp. 76-77, par. 218; Cabe destacar que el elemento discriminatorio ha sido analizado que no es requerido.

sistemáticamente al grupo pretendido¹²¹¹.

Como se ha podido observar, la jurisprudencia ha sido unánime en destacar la responsabilidad por el delito enunciado en tanto que el *actus reus* se puede cometer por acción u omisión¹²¹²; y el elemento mental o *mens rea*, en combinación con el artículo 30 del Estatuto de Roma, como el intento de cometer el crimen, y el conocimiento de que su acto omiso o manifiesto vaya a degenerar en la destrucción de un número importante de individuos¹²¹³. Respecto a esto último, la cantidad de víctimas consecuencia de ese acto hace pensar razonablemente que no habría cabida para un supuesto delito de exterminio cometido con negligencia¹²¹⁴, por más grave que ésta sea; de ahí su discrepancia frente al delito de asesinato, por tanto, el exterminio es el resultado de un acto omiso o directo, (*dolus directus*) y probablemente de un acto cometido de modo imprudente (*dolus eventualis*), como aseveró el TPIY¹²¹⁵.

Del mismo modo, las lesiones o daños corporales graves causados podrían ser también someter a las personas objeto de exterminio a la imposición de condiciones de vida y privación de alimentos y medicinas entre otras, como apunta el Estatuto de Roma. La Sala de Primera Instancia del TPIR en el caso *Kayishema* pone los ejemplos de cuando un grupo es encarcelado privándosele de necesidades básicas, e introducir un virus en una población e imposibilitarle la atención médica, todo ello con el fin de producir asesinatos en masa¹²¹⁶.

¹²¹¹ *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1013, pp. 175-176, par. 492; *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic* (IT-98-32-T), Trial Chamber II, Judgement, 29 November 2002, p. 87, par. 229.

¹²¹² *Prosecutor v. Athanase Seromba* (ICTR-2001-66-A), Appeals Chamber, Judgement 12 March 2008, pp. 67-68, par. 189; *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, p. 37, par.83; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 60, par. 146 *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic* (IT-98-32-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1211, p. 87, par. 229.

¹²¹³ *Idem*, *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, p. 87, par. 229; *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1013, p. 176, par. 495

¹²¹⁴ Sin embargo, la Sala de Primera Instancia del caso *Kayishema* piensa lo contrario, cree que el exterminio puede ser cometido también por un acto negligente. Vid. *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 60, par. 80.

¹²¹⁵ *Prosecutor v. Radoslav Brdanin* (IT-99-36-T), Trial Chamber II, Judgement 1 September 2004, p. 159, par. 395 y, *Prosecutor v. Milomir Stakić* (IT-97-24-T), Trial Chamber II, Judgement 31 July 2003, par. 516. La Sala cree que la negligencia podría ser un elemento *mens rea* del delito de asesinato, más nunca del exterminio, que abarca la aniquilación de una población, ello aunque presenten los mismos elementos constitutivos estandarizados.

¹²¹⁶ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T)..., *loc. cit. supra* en nota 507, p. 60, par. 146; *Prosecutor v. Ignace Bagilishema* (ICTR-951A-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en

Por otra parte, la jurisprudencia ha sido categórica en señalar que por su naturaleza el exterminio debe conformar una escala masiva de asesinatos o haber ocasionado lesiones corporales graves, con lo cual carece de importancia designar un número¹²¹⁷. No obstante, el TPIR ha llegado a la conclusión también de que un solo asesinato o lesión corporal grave podría constituir exterminio si se ha producido en ese contexto, como se señaló en los elementos de los crímenes¹²¹⁸, situación que el TPIY pone en duda al no encontrar alguna práctica estatal que apoye esa tesis¹²¹⁹.

C. Esclavitud

El derecho internacional consuetudinario ha prohibido la esclavitud y sus distintas manifestaciones desde hace tiempo¹²²⁰, siendo plasmada por primera vez su prohibición en la Declaración Relativa a la Abolición Universal del Comercio de Esclavos de 1815¹²²¹, y hoy día dicha prohibición ha llegado a alcanzar el status de norma de *ius cogens*¹²²². La adopción de la Convención sobre la Esclavitud de 25 de septiembre de 1926 vino a ejemplificar tal prohibición, de modo que la definió en su artículo 1 como “*el estado o condición sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de la propiedad o algunos de ellos*”, definición que fue ampliada en 1956 con la aprobación

nota 1136, pp. 37-38, par. 90; *Prosecutor v. Radoslav Brdanin* (IT-99-36-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1215, p. 156, par. 389.

¹²¹⁷ *Prosecutor v. André Ntageraru et al.* (ICTR-99-46-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 25 February 2004, pp. 185-186, par. 701; *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi* (ICTR-2001-64-T), Trial Chamber III, Judgement 17 June 2004, p. 75, par. 309; *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic* (IT-98-32-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1211, p. 87, par. 228.

¹²¹⁸ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 60, par. 147; *Prosecutor v. Ignace Bagilishema* (ICTR-951A-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 37, par. 88.

¹²¹⁹ *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic* (IT-98-32-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1211, p. 86, par. 227, nota a pie de página 586.

¹²²⁰ Vid. Allain, Jean, *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publisher, 2012; Allain, Jean (edit.), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, United Kingdom, 2012; Decaux, Emmanuel, *Le formes contemporaines de l'esclavage*, Académie de Droit International de La Haye, 2009; Bales, Kevin, *Understanding Global Slavery: A Reader*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California, 2005; Bassiouni, M. Cherif, “Enslavement as an International Crime”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 23, n. 21, 1991, pp. 445-517.

¹²²¹ Bales, Kevin and Robbins, Peter, “No One Shall Be Held in Slavery or Servitude: A critical analysis of international slavery conventions”, en *Human Rights Review*, vol. 2, n. 2, 2001, pp. 18-45 (19).

¹²²² Scarpa, Silvia, *Traffing in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, p. 78; Rassam, A. Yasmine, “International Law and Contemporary Forms of Slavery: An Economic and Social Rights-Based Approach”, en *Penn State Internatinal Law Review*, vol. 23, n. 4, 2005, pp. 809-855 (810); Rassam, A. Yasmine, “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, n. 2, 1999, pp. 303-352 (310); Bassiouni, M. Cherif, “Enslavement as an International Crime”, *loc. cit. supra* en nota 1220, pp. 445.

de la Convención Supletoria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, abarcando la servidumbre por deudas; servidumbre de la gleba; que los padres o tutores den o prometan a una mujer en matrimonio contra su voluntad y con fines económicos; la facultad que tiene el marido o clan de una mujer a cederla a título oneroso; la transmisión de la mujer viuda a otra persona por herencia; la práctica por los padres o tutores del niño o menor de 18 años de cederlos para la explotación de su trabajo o persona, por o sin dinero, etc.¹²²³

En esa misma línea, la esclavitud fue prohibida también en el artículo 4 (2) (f) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 y, en cuanto a jurisdicciones penales internacionales, se incluyó entre la competencia de los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio y del mismo modo en los Estatutos de TPIY y TPIR. Asimismo, en el último trabajo de la CDI sobre el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, estuvo presente como aquella situación en la que una persona es sometida a estado de esclavitud propiamente dicho, servidumbre y trabajo forzoso¹²²⁴.

En la actualidad, el Estatuto de la CPI es el único instrumento internacional vinculante que establece punición a la esclavitud como un crimen contra la humanidad. En él se tipifica el crimen de la esclavitud con las mismas características que se enuncian en las Convenciones precedentes: *“ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”*. De cuyo enunciado se extraen sus elementos constitutivos: a) *“que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad”*, b) *“que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado*

¹²²³ Respecto a la protección de la mujer y los niños que refuerzan estas Convenciones contra la esclavitud y todas sus manifestaciones análogas, están los siguientes instrumentos internacionales especiales de referencia: Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas de 10 de mayo de 1910 y su Protocolo que lo enmienda, de 4 de mayo de 1949; Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños de 30 de septiembre de 1921 y su Protocolo que la enmienda, de 11 de octubre de 1933; Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 11 de octubre de 1933; Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena, de 2 de diciembre de 1949.

¹²²⁴ Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, p. 53.

o sistemático dirigido contra una población civil”, y c) “que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”.

Como en otros crímenes, el crimen de la esclavitud fue desarrollado por los tribunales penales *ad hoc* con las siguientes particularidades: “*el poder o ejercicio de alguno o todos los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, y su control (actus reus)*”¹²²⁵ y *la intención ejercida de esos poderes” (mens rea)*¹²²⁶. No obstante, dichos elementos deben estar supeditados a un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, a los fines de evitar confundirlo con un delito común de derecho interno.

En ese sentido, el TPIY ha escenificado los indicios que podrían conducir a la esclavitud tal y como ha sido contemplada: “*control de los movimientos de alguien, de su ambiente físico y psicológico, adopción de medidas que impidan escapar, amenaza a la fuerza y coacción, cautiverio, afirmación de exclusividad, sometimiento a tratos y abusos crueles, control de la sexualidad y, trabajo forzoso*”. en cualquier caso, estos elementos son simplemente indicios subjetivos, de manera que se necesita una prueba objetiva de los hechos. Es así porque según la Sala, refutando la tesis del Fiscal, ni siquiera la comercialización de una persona, darla en herencia, así como sus labores o servicios, son suficientes para concluir que hubo esclavitud; en todo caso, pueden considerarse relevantes al momento de la determinación del crimen¹²²⁷.

Por ello, por la dificultad de probar los elementos constitutivos del crimen, creemos que el Estado deberá desempeñar un rol muy importante al momento de perseguir este fenómeno, bien como un crimen de derecho interno, sobre todo en situaciones fuera de

¹²²⁵ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 192, par. 539, 542; *Prosecutor v. Krnojelac* (IT-97-25-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1225, p. 144, par. 350.

¹²²⁶ *Prosecutor v. Kunarac, et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1160, p. 35, par. 116; *Prosecutor v. Milorad Krnojelac, ídem*, p. 144, par. 350.

¹²²⁷ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 194, par. 543. Con términos más estricto la Sala de Apelaciones comprende que tampoco la falta de consentimiento de la víctima constituye un elemento del crimen, porque el autor podría alegar sus derechos de propiedad sobre ella. Al respecto véase *Prosecutor v. Kunarac, et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1160, pp. 36-37, par. 120.

un conflicto armado, lo cual favorece las imputaciones. En ese sentido, los Estados están llamados a adoptar medidas eficientes para hacer frente al crimen organizado, donde la esclavitud, en su forma de trata de blancas, ha podido ser uno de los principales delitos representativos. Con ese ánimo, se adoptó el 15 de noviembre de 2002 por la Asamblea General de la ONU la Convención Internacional contra el Crimen Organizado Transnacional, y sus Protocolos, especialmente el que persigue prevenir, combatir y sancionar la trata de mujeres y niños¹²²⁸.

D. Deportación o traslado forzoso de población

La deportación o traslado forzoso es el desplazamiento de personas del lugar en el que habitualmente residen hacia otro por la fuerza. Es la interpretación que subyace en el artículo 7 (2) (d) del Estatuto de Roma, el cual pone énfasis, además, en el modo no compatible con el derecho internacional, como una forma de excluir los asentamientos realizados por la Potencia ocupante durante un conflicto armado – de ocupación - generalmente por cuestiones de seguridad de la misma población o por razones de imperiosa necesidad militar, como proclaman los artículos 49 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949, 85 (4) (a) del Protocolo Adicional I y 17 del Protocolo Adicional II. Por lo mismo, como afirma Kai Ambos, en tiempo de paz también debe haber exclusiones, como cuando se avecina un desastre natural¹²²⁹.

Al respecto cabe señalar que, según la jurisprudencia, estos crímenes, como crímenes contra la humanidad, pueden ser cometidos incluso antes de la ocupación militar de un territorio, siendo en todo caso una consecuencia directa de la conducción de las hostilidades, pero que implica un *actus reus* separado de las leyes de la guerra como había quedado establecido otrora. En tal sentido, se entiende que el *actus reus* en relación a este crimen como crimen contra la humanidad, es similar al mismo al crimen de guerra, por lo que en nada afecta tratarlo como a este último¹²³⁰.

¹²²⁸ Al respecto ver Scarpa, Silvia, *Traffing in Human Beings: Modern Slavery*, loc. cit. supra en nota 1222, p. 81.

¹²²⁹ Ambos, Kai and Wirth, Steffen, “The Current Law of Crimes against Humanity...”, loc. cit. supra en nota 1117 (60).

¹²³⁰ *Prosecutor v. Gotovina et al.* (IT-06-90-PT), Decision on Several Motions Challenging Jurisdiction, Trial Chamber, 19 March 2007, pars. 24-30. Ver posición diferente contra la dejación del Tribunal de estatuir sobre la diferencia del elemento mental del crimen en ambas categorías en Akhavan, Payam, “Reconciling Crimes against Humanity with the Laws of War”, loc. cit. supra en nota 1125, pp. 30-36.

Los elementos de los crímenes o *mens rea* para este delito son: a) *que el autor haya deportado o trasladado*¹²³¹ *por la fuerza*¹²³², *sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar; b) que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas; c) que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia; c) que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y d), que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.*

En cuanto al crimen en sí mismo, castiga dos supuestos: el primero, deportación, que es definida por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* como el traslado forzoso de la población de su territorio hacia otro fuera de sus fronteras nacionales, mientras que el segundo, es decir, el traslado forzoso como delito autónomo, ocurre dentro del propio Estado¹²³³. En ambos supuestos, el uso de la fuerza es imprescindible, como el que observó la Sala del TPIY en la acusación contra Dragan Nikolic, quien se dijo organizó el traslado forzoso de un grupo de prisioneros bosnios del campamento de Susica al este de Bosnia-Herzegovina que estaba al mando de fuerzas serbias; los prisioneros bosnios iban a ser intercambiados por prisioneros serbios, sin embargo, se trataba de un engaño, se les obligó a ir en autobús con la cabeza inclinada y las manos detrás, mientras eran golpeados y obligados a cantar canciones alusivas a los serbios, el resultado fue que fueron llevados al campamento de la entonces República Srpska (bajo control efectivo de las fuerzas serbias)¹²³⁴.

En esa misma línea, un ejemplo muy ilustrativo lo pone de manifiesto Willian Schabas,

¹²³¹ “Deportado o trasladado por la fuerza” es intercambiable con “desplazado por la fuerza”.

¹²³² “La expresión “por la fuerza” no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción”.

¹²³³ *Prosecutor v. Radoslav Brdanin* (IT-99-36-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1215, pp. 202-203, par. 540; *Prosecutor v. Radislav Krstic* (IT-98-33-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1013, pp. 186-187, pars. 531-532; *Prosecutor v. Mladen Naletilic* (IT-98-34-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 133, p. 228, par. 670.

¹²³⁴ *Prosecutor v. Dragan Nikolic* (IT-94-2-R61), Review of Indictment..., *loc. cit. supra* en nota 165, p. 11, par. 23.

quien recuerda la deportación de personas civiles albanokosovares de sus hogares en la Provincia de Kosovo, controlada por las fuerzas serbias, hacia los territorios fronterizos de Albania y Macedonia en 1999, y en cuanto al segundo, el traslado forzoso de personas civiles no serbias durante la guerra en Bosnia-Herzegovina y Croacia entre 1991 y 1995¹²³⁵, concretamente cuando 247 civiles musulmanes fueron desplazados sin necesidad militar de sus hogares a la fuerza y llevados al Hotel Vitez para tomarlos como escudos humanos por cerca de tres horas, para después regresarlos a sus aldeas en ruinas, y posteriormente llevados a otros lugares¹²³⁶.

Las deportaciones y traslados forzosos de la población en la antigua Yugoslavia fueron calificadas por la ONU como “limpieza étnica”¹²³⁷, pese a que en muchos aspectos pareció ser “genocidio”, ya que las víctimas formaban un grupo humano con características homogéneas. Estos crímenes se realizaron destruyendo sus casas, fincas, negocios, propiedades, ciudades enteras, inclusive mediante el asesinato, etc. La causa fundamental de su desvinculación con el crimen de genocidio se debió, como apunta Schabas, a que dichas acciones como objetivo principal, en principio, no perseguían la destrucción total o parcial de un grupo étnico, nacional, racial o religioso; pero evidentemente, estas atrocidades figuraban como crímenes contra la humanidad¹²³⁸. Es la misma conclusión a la que llegó la Comisión Especial designada por el Secretario General de la ONU a petición del Consejo de Seguridad en la Resolución S/RES/1564, de 18 de septiembre de 2004, para investigar las transgresiones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos durante el conflicto armado en Darfur, concretamente desde 2003-2005¹²³⁹.

¹²³⁵ A. Schabas, Willian, “Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?”, en: *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 287-302 (293-295).

¹²³⁶ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* nota 61, pp. 186-187, pars. 549-550.

¹²³⁷ Ver informe del relator especial Tadeusz Mazowiecki, Doc. A/47/666; S/24809, de 17 de noviembre de 1992.

¹²³⁸ Schabas, Willian A., “Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?”, en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 287-302 (293-295); sobre la discusión véase también a Nilsson, Jonas, “The Vockovic Trial in Kosovo – Deportation and Forcible Transfer under the Definition of Genocide”, en *Nordic Journal of International Law*, vol. 71, n. 4, 2002, pp. 545-555. En el citado artículo, Jonas, recuerda el caso Miroslav Vuckovic, quien en 1999 fue condenado por genocidio por la Corte del Distrito de Mitrovica, sin embargo, absuelto por la Corte Suprema, por entender no probado el elemento mental del delito de genocidio, es decir, la intención de destruir en todo o parte a los miembros a un grupo étnico, nacional, racial o religioso. Más sobre el caso en: <http://www.hlc-rdc.org/?p=13577&lang=de>, fecha de consulta 12 de diciembre de 2013.

¹²³⁹ La Comisión opina que la campaña sistemática y generalizada de los desplazamientos forzosos de la población de Darfur puede constituir crimen contra la humanidad, por la conciencia con se cometieron, su planificación y política gubernamental para llevarlos a cabo. Los desplazamientos forzosos en algunos

E. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional

El encarcelamiento o privación de la libertad de un modo incompatible con las normas fundamentales del derecho internacional fue tratado en el caso *Kordic*. La Sala lo definió como la privación de la libertad de una persona sin el debido proceso legal, producida en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil¹²⁴⁰. Justifica el crimen además cuando una persona que ha sido privada de libertad continúa en ese estado sin que se observen las garantías fundamentales del debido proceso, esto es, que sea sometida a un juicio justo o que periódicamente sea evaluado su encarcelamiento y se decida a su favor la medida pertinente, todo ello de acuerdo a los artículos 42 y 43 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949¹²⁴¹.

Por tanto, en consonancia con ello, no basta con que la prisión se haya hecho efectiva, sino que debe concretarse la ilegalidad de la misma cuando los elementos susciten sin motivos aparentes de legalidad, en suma, que se violen las normas internacionales pertinentes en relación a la prisión arbitraria como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.¹²⁴².

Los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma recogen esta definición, pero agregan asimismo para el *mens rea* que el autor haya actuado de manera consciente, conociendo la gravedad de la situación y que la conducta fuese parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población de manera igualmente consciente¹²⁴³. Por ello, de acuerdo a Kai Ambos, la prisión arbitraria debe conjugar cierta gravedad para que se tenga como criminal a la luz del derecho internacional en calidad de crimen

aspectos pueden también formar parte del crimen de persecución – dentro de los crímenes contra la humanidad - dado al carácter discriminatorio de los desplazamientos. Ver informe del Secretario General S/2005/60, de 7 de febrero, par. 332.

¹²⁴⁰ *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 132, p. 87, pars. 302-303.

¹²⁴¹ *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 132, p. 87, pars. 302-303.

¹²⁴² *Prosecutor v. Krnojelac* (IT-97-25-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1225, pp. 51-52, pars. 111-113.

¹²⁴³ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (e).

contra la humanidad, siendo la duración de la misma y las condiciones de detención elementos muy importantes a tomar en cuenta además de los señalados¹²⁴⁴.

Por ello, este crimen, cometido en el curso de un conflicto armado interno, es uno de los grandes retos que presenta el derecho internacional humanitario a regular, porque las normas que lo cubren evitan ofrecer detalles explícitos de cómo evitar caer en el despropósito de un internamiento que degenere en privación arbitraria de la vida. Pues, por el lado del Estado, se tiende a abusar de un encarcelamiento a tenor de que las personas detenidas presentan un peligro para la seguridad, obviándose en muchos casos la obligatoriedad de ofrecer garantías procesales, y por el lado de los grupos armados, se sabe que éstos no cuentan con el aparato adecuado para potenciar la aplicación de esas garantías¹²⁴⁵.

F. Tortura

En el ámbito del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, la tortura ha sido prohibida tanto por el derecho internacional consuetudinario como por el convencional, siendo éste último el que proporciona una Convención especial, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984; tanta distinción le ha valido para que hoy sea catalogada como norma de *jus cogens*¹²⁴⁶.

El Estatuto de la CPI es el último instrumento que la tipifica como crimen de lesa humanidad para ser aplicado tanto en tiempo de paz como de guerra. La misma es definida como causar dolor o cualquier sufrimiento grave físico o mental a una o más personas tenidas bajo custodia, excluyendo por tanto los casos aislados o fortuitos de la práctica; los elementos de los crímenes prevén los escenarios donde la tortura es previsible, haciendo hincapié, además de los elementos enunciados, en que la misma

¹²⁴⁴ Ambos, Kai and Wirth, Steffen, “The Current Law of Crimes against Humanity...”, *loc. cit. supra* en nota 1117, p. 65.

¹²⁴⁵ Pérez González, Manuel, “Tipos de Conflictos y Aplicación... *loc. cit. supra* en nota 29, pp. 82-84.

¹²⁴⁶ Vid. en general Sifris, Ronli, *Reproductive Freedom, Torture and International Human Rights: Challenging the Masculinisation of Torture*, Routledge, Abingdon, Oxon (United Kindom), 2014; Levinson, Sanford (edt.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004; Scott, Craig M., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2001; De Wet, Erika, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, en *EJIL*, vol. 15, n. 1, 2004, pp. 97-121; Wallace, Geoffrey P.R., “International Law and Public Attitudes toward Torture: An Experimental Study”, en *International Organization*, vol. 67, n. 1, 2013, pp. 105-140.

haya sido realizada como parte de imposición de sanciones ilegítimas y con conocimiento de ello; que el autor haya tenido a la víctima bajo su custodia o control, y cuyo objetivo fuera efectuar un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, excluyendo por tanto la obligación de que el perpetrador haya sido funcionario público, puesto que, como apuntan Hebel y Robinson, los órganos no estatales también pueden cometer actos de tortura¹²⁴⁷; asimismo, excluye los motivos o propósitos, pero manteniéndolos para su par como crimen de guerra¹²⁴⁸.

Al respecto, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en principio había basado su definición de acuerdo a como la prevén los instrumentos internacionales de derechos humanos¹²⁴⁹, ya que el derecho internacional humanitario sólo prevé su prohibición, y como tal, hizo hincapié en los motivos o propósitos del perpetrador como elementos objetivos: como que el acusado haya deseado obtener confesión o información de la víctima o tercera persona, o que el crimen se haya consumado en cumplimiento de una orden, consentimiento o aquiescencia de un funcionario o persona a título oficial¹²⁵⁰, tal y como aparece en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Sin embargo, en el juicio de apelación de Kunarac, la Sala terminó por considerar que los requisitos de la instigación, consentimiento o aquiescencia de un funcionario público no son necesarios¹²⁵¹, quedando, por ese lado, ajustada a la definición proporcionada por el Estatuto del Roma y refrendada en los elementos de los crímenes, salvo los motivos o propósitos sí reconocidos por la jurisprudencia, que, de acuerdo a como

¹²⁴⁷ Hebel, Herman Von and Darryl, Robinson, “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”, en *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute: Issues – Negotiations – Results*, en Roy S. Lee (edt), Kluwer Law International, The Haye, The Neatherlands, 1999, pp. 79-126 (99).

¹²⁴⁸ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (f), para el mismo como crimen de guerra (artículo 8 (2) (a) (ii) (1), cual se aparta del elemento custodia y control.

¹²⁴⁹ Llámese la Declaración de las Naciones Unidas contra la Tortura, de 9 de diciembre de 1975 y la Convención dedicada a la misma de 10 de diciembre de 1984.

¹²⁵⁰ *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.* (IT-96-21) (Celebici), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, pp. 170-171, 178, pars. 470-472, 494; *Prosecutor v. Anto Furundzija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, Judgement 10 December 1998, pp. 63-64, par. 162; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 170, par. 497; *Prosecutor v. Krnojelac* (IT-97-25-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1225, p. 78, par. 180; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 594.

¹²⁵¹ *Prosecutor v. Kunarac, et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1160, p. 46, par. 148.

apunta Kai Ambos, estos deberían rechazarse, tan sólo la intención de infligir el daño sería suficiente, pues de exigir motivos limitaría por mucho la tortura como crimen inhumano de carácter de *ius cogens*.

G. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable

En lo que se refiere a la violación como crimen internacional, data su primera tipificación de los Estatutos de los tribunales de Núremberg y Tokio, pasando por la Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y finalmente el Estatuto de Roma, el cual, como se ha podido observar, amplió el crimen, agregando algunos otros supuestos delictivos que guardan cierta relación como la esclavitud sexual¹²⁵², la prostitución forzada¹²⁵³, el embarazo forzado¹²⁵⁴ y la esterilización forzada¹²⁵⁵. De todos estos actos citados, sólo nos limitaremos a analizar el correspondiente a la violación (violencia sexual), por ser el predominante y el más practicado en situaciones de conflictos armados, sobre todo en los de la antigua Yugoslavia (concretamente en Bosnia-Herzegovina) y Ruanda, a finales del siglo

¹²⁵² Boot define la esclavitud sexual concluyendo que ésta engloba todo lo relacionado a la esclavitud del tipo sexual, es decir, aquella que limita la autonomía de la persona y la libertad de movimiento, que degenera también en un control de la actividad de tipo sexual; y del mismo modo, cuando la mujer y los niños están dentro del matrimonio se ven forzados a vivir bajo servidumbre, lo cual incluye violación por sus captores. Vid. Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crime...*, loc. cit. supra en nota 56, p. 513; De Brower, Anne-Marie L.M., *Supranational Criminal Persecution of Sexual Violence...*, loc. cit. supra en nota 1055, p. 93. En conjunto, se estima que estos actos mueven una industria de casi 10.000 millones de euros al año; la mayoría de las mujeres jóvenes y niñas caen en este negocio lucrativo con promesas falsas de trabajo, después son vendidas como esclavas sexuales, incitadas al matrimonio forzoso y en muchos casos sometidas al tráfico de órganos de donantes vivos, siendo China y los Estados limítrofes Vietnam, Tailandia y Camboya los más afectados con estas prácticas. Véase González, Miguel, “El lucrativo negocio de vender personas en el sudeste asiático”, en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/27/actualidad/1395919047_095428.html, fecha de consulta 27 de marzo de 2014.

¹²⁵³ Es definida como aquella en la que la víctima no puede decidir cambiar la situación reinante a la que ha sido sometida, sin importar cómo llegó a ella, y está siendo usada para violencia y explotación sexual. Vid. Yu, Joyce, “Introduction”, en *Female Sexual Slavery and Economic Exploitation: Making Local and Global Connection*, UN Non-Governmental Liaison Service Consolidation held in San Francisco, New York, 1985, p. 1, citado por Demleitner, Nora V., “Forced Prostitution: Naming an International Offense”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 18, n 1, 1994, 163-197 (185).

¹²⁵⁴ De acuerdo al Estatuto de Roma, el embarazo forzoso “es el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional” (artículo 7 (2) (f)).

¹²⁵⁵ Este crimen fue particularmente cometido durante la Segunda Guerra Mundial, principalmente contra personas civiles, y es entendido como aquél cometido con la finalidad de afectar la capacidad biológica reproductiva, cual es realizada sin justificación médica, así como sin contar con el consentimiento de la víctima. Vid. Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crime...*, loc. cit. supra en nota 56, p. 516; véase también Elementos de los crímenes aprobados en New York, por la Asamblea de Estados Partes, septiembre de 2002, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (g) (5).

XX¹²⁵⁶. La misma ha sido utilizada, en palabras de Bassiouni, en especial durante algunos episodios del conflicto armado yugoslavo, para humillar a la víctima, grupos y población entera¹²⁵⁷. Son los tribunales *ad hoc* los que han hecho los principales aportes respecto a este tipo de crímenes.

En ese sentido, la jurisprudencia ha desarrollado el crimen de violación partiendo de como es definido en las legislaciones nacionales, es decir, el acto no consentido, cual puede ser realizado o inducido por la penetración inclusive de objetos por los orificios del cuerpo no considerados biológicamente para realizar el acto sexual¹²⁵⁸. Sin embargo, el TPIR destaca que la violación no sólo puede consistir en la penetración, sino en el acto de agresión a la que es sometida la víctima¹²⁵⁹, de ahí que el delito tenga cierta relación con el crimen de tortura¹²⁶⁰.

En cuanto a los elementos constitutivos de la violación, la jurisprudencia destaca el *actus reus* de: “a) *penetración sexual, por insignificante que sea, de la vagina o el ano de la víctima con el pene del perpetrador o cualquier objeto usado en la misma; b) penetración de la boca por el pene del perpetrador; c) que el acto se haya realizado con coerción, fuerza o amenaza de la víctima o de una tercera persona*”¹²⁶¹. Mientras que el *mens rea* consiste en la intención de realizar el acto sexual, el cual debe ser

¹²⁵⁶ Algunas consideraciones sobre el crimen en la antigua Yugoslavia véase a Meron, Theodor, “Rape as a Crime under International Humanitarian Law”, en *AJIL*, vol. 87, n. 3, 1993, pp. 424-428; en términos generales véase Aguirre Aranburu, Xabier, “Sexual Violence beyond Reasonable Doubt: Using Pattern Evidence and Analysis for International Cases”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n. 3, 2010, pp. 609-627; Mitchell, David S., “The prohibition of Rape in international Humanitarian law as a norm of *Jus Cogens*: clarifying the doctrine”, en: *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 15, n. 2, 2005, pp. 219-257; Asking, Kelly D., “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 97-123; Koenig, Doreen Marguerite, “Women and Rape in Ethnic Conflict and War”, en *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, n. 2, 1994, pp. 129-141; Green, Jennifer and others, “Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique”, en *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, n. 2, 1994, pp. 171-221.

¹²⁵⁷ Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity: Historical Evolution...*, *loc. cit. supra* en nota 1110, p. 438.

¹²⁵⁸ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 596; *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, p. 173, par. 478; *Prosecutor v. Anto Furundzija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1250, pp. 70-71, par. 180.

¹²⁵⁹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 597.

¹²⁶⁰ *Idem*; *Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, pp. 178-179, pars. 495-496.

¹²⁶¹ *Prosecutor v. Anto Furundzija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1250, pp. 73, par. 185; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, pp. 155-156, par. 460.

producido además sin el consentimiento de la víctima¹²⁶². Los elementos de los crímenes del Estatuto de Roma son coincidentes con estos, salvo en lo referente a que el crimen debe haber sido parte de un ataque generalizado contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque¹²⁶³.

H. Persecución

El crimen de persecución, como señala Bassiouni, está asociado al término “perseguir”, y constituyó unas de las principales prácticas dañinas al ser humano a lo largo de toda la civilización occidental, quedando presente en algunos hechos de gran relevancia histórica entre los que podemos citar la persecución de los cristianos en la antigua Roma, la masacre a los armenios durante la Primera Guerra Mundial y el asedio a los judíos durante la Segunda Guerra Mundial por la Alemania nazi¹²⁶⁴.

En ese sentido, la primera tipificación del crimen la encontramos en los Estatutos de los tribunales de Núremberg y Tokio, quienes aplicaron el término sin distinguirlo del tipo homicidio, cuando la víctima es asesinada, del tipo persecución, pues sólo se propuso condenar a los responsables de crímenes contra la humanidad¹²⁶⁵. De esa manera se evitó hacer una distinción del crimen de persecución con otros con los que guarda cierta analogía, como el genocidio principalmente¹²⁶⁶, pero el injusto quedó configurado para ser aplicado a los actos cometidos por motivos discriminatorios de la lista, es decir, políticos, raciales o religiosos.

En todo caso, el crimen de persecución es verificable cuando, como destaca Bassiouni, un individuo o los miembros de su misma especie están siendo acosados, perseguidos y

¹²⁶² *Idem*, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac*.

¹²⁶³ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (g) (1).

¹²⁶⁴ Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity: Historical Evolution...*, *loc. cit. supra* en nota 1110, p. 27. La primera vez que se usó el término “persecución” fue durante la masacre de los armenios en 1915, aunque se evadió perseguir a los responsables bajo ese supuesto en el Tratado de Paz de Versalles de 1919, al término de la Primera Guerra Mundial; en todo caso, la Comisión de Investigación creada para determinar las violaciones durante la Guerra, usó el término en su informe. Vid. Pocar, Fausto, “Persecution as a Crime under International Criminal Law”, en *Journal of National Security Law & Policy*, vol. 2, n. 2008, pp. 355-365 (356).

¹²⁶⁵ Liñán Lafuente, Alfredo, “La Construcción del Crimen de Persecución en la Jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª, Época, n. 1, 2009, pp. 103-145 (104).

¹²⁶⁶ En el caso *Kupreskic* la Sala identifica el genocidio como un acto extremo de persecución, porque busca destruir a un grupo en todo o en parte. Vid. *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, p. 255, par. 636.

oprimidos, así como cuando el perpetrador decide adoptar medidas enfocadas a infligir daños psíquicos y mentales a las víctimas, todo ello, como se apuntó, por motivos discriminatorios, como una forma del perpetrador de mostrarse contrario a sus ideas, color, etnia, religión, etc.¹²⁶⁷. En conjunto, el delito podría manifestarse por una serie de violaciones de los derechos humanos fundamentales que los Estados no pueden derogar, como el derecho a la vida, a la libertad, libertad de conciencia y religión, la prohibición de la tortura, la esclavitud, la prisión arbitraria, etc.¹²⁶⁸.

Con la adopción de los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, el crimen, por un lado, fue desarrollado por la jurisprudencia adquiriendo cierta relevancia dentro del derecho internacional penal como un delito característico dentro de los crímenes contra la humanidad, diferenciándose por tanto del genocidio que busca la intención específica de destruir en todo o parte al grupo discriminado. Pero, por otro lado, siguió predominando el factor político, racial o religioso como elementos subjetivos del injusto, limitando de ese modo su campo incriminatorio¹²⁶⁹, y añadiendo el Estatuto del TPIR que el mismo se cometa como parte de un ataque sistemático contra la población civil.

Respecto a los actos típicos del crimen de persecución, estos tienen que ser de suma gravedad, que guarden gran similitud con los crímenes contra la humanidad. La Sala de Apelaciones del TPIY apoya esta tesis, y en ese sentido expone que si la Sala de Primera Instancia obvió hacer el mismo señalamiento, debe demostrar que los actos tipificados como persecución deben ser considerados como crímenes contra la humanidad en el sentido del derecho internacional consuetudinario, ya que, según advierte, no todo crimen cometido con intención discriminatoria constituye un acto de persecución¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity: Historical Evolution...*, *loc. cit. supra* en nota 1110, p. 27.

¹²⁶⁸ Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crime...*, *loc. cit. supra* en nota 56, p. 518.

¹²⁶⁹ No obstante en el caso *Dusko Tadic*, la Sala del TPIY reconoce que el crimen puede ser cometido contra otro grupos no especificado en el Estatuto del Tribunal, artículo 5, párrafo h), de acuerdo a su objeto y fin, como aquellos individuos que presentan cierta discapacidad física y mental, edad, enfermedad o preferencia sexual, como ocurrió durante la Segunda Guerra Mundial en la Alemania nazi, o durante el régimen de los Jemeres Rojos en Camboya. Vid. *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 119, pp. 126-127, par. 285.

¹²⁷⁰ *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-A), Appeals Chamber, Judgement 29 July 2004, p. 48, pars. 138-139.

Por ello, la Sala de Primera Instancia del TPIY define la persecución en términos generales como un ataque contra los derechos humanos fundamentales presentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos de derechos humanos y del derecho internacional humanitario¹²⁷¹, cuyo objeto sea excluir a un individuo de la sociedad por cuestiones discriminatorias¹²⁷². En esa línea, la Sala ha identificado el *actus reus* como contravenir o negar un derecho fundamental establecido en el derecho internacional consuetudinario o en un tratado internacional, y el *mens rea* cuando ese acto se lleva a cabo con intención discriminatoria¹²⁷³.

La Sala de Primera Instancia en el caso *Kupreskic* destaca también que el *actus reus* debe ser discriminatorio¹²⁷⁴, y lo justificó como imprescindible para distinguir el crimen de persecución de otros delitos y así evitar que cualquier acto como el asesinato o la tortura sean equiparados al de persecución, y por ende impedir que una persona sea condenada por ese crimen de modo equivocado¹²⁷⁵, pero deniega la comisión del crimen de persecución cuando la víctima o sujeto pasivo es seleccionado por error y por tanto objeto del crimen de persecución.

Sobre esto último, la Sala de Apelaciones en el caso *Krnojelac* pone el ejemplo de cuando un serbio asesina a un musulmán por motivos religiosos, señala que si bien esto

¹²⁷¹ Entre los distintos delitos que pueden constituir crímenes contra la humanidad en la modalidad de persecución, sin que se consideren exhaustivos, se cuentan: destrucción de la propiedad, deportación, traslado y desplazamiento forzoso de la población, ataques contra objetivos civiles, ciudades, pueblos, villas, etc. (*Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1270, pp. 53-54, 56, pars. 149, 153, 159); asalto sexual – violación - (*Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.* (IT-05-87-T), Trial Chamber, Judgement 26 February 2009, pp. 78-79, par. 201); también violencia física, humillación, acoso, maltrato psicológico (*Prosecutor v. Miroslav Kvocka* (IT-98-30-1/T), Trial Chamber Judgement 2 November 2001, pp. 52, pars. 190).

¹²⁷² *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, p. 250, par. 621.

¹²⁷³ *Prosecutor v. Krnojelac* (IT-97-25-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1225, pp. 180-181, par. 431.

¹²⁷⁴ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, p. 250, par. 621; *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 87, p. 271, par. 715; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 132, p. 52, par. 189. Un ejemplo de actos discriminatorios contra los judíos durante la Segunda Guerra Mundial por la Alemania nazi lo constituyó la aprobación de leyes discriminatorias como la restricción de la libertad de movimientos, establecimiento de guetos e imponerle el uso de un distintivo amarillo en forma de estrella en su camisa. Vid. *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, p. 245, par. 610.

¹²⁷⁵ *Prosecutor v. Krnojelac* (IT-97-25-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1225, pp. 180-181, par. 432; *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, p. 244, par. 607; *Prosecutor v. Miroslav Kvocka* (IT-98-30-1/T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1271, pp. 53-54, pars. 94-97.

podría significar un acto auténtico del crimen de persecución, ¿por qué no decir lo mismo cuando el crimen es cometido *vis a vis* un serbio que comete el delito creyendo haber identificado a un musulmán como víctima? Al respecto la Sala cree que ese acto también puede constituir un crimen de persecución, toda vez que fue consecuencia directa de la política discriminatoria de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil que creía estaba atacando, además de que no es necesario que la víctima pertenezca al grupo contra quien se cree estar dirigiendo el ataque, pero sí que el acto haya sido realizado con la intención discriminatoria¹²⁷⁶.

Por otra parte, el ECPI define el crimen siguiendo la misma línea que la contenida en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y su jurisprudencia, aumentando la lista de los grupos objeto de persecución, es decir, agrega grupos nacionales, de género y culturales, o bien otros motivos reconocidos universalmente como inaceptables por el derecho internacional (artículo 7 (1) (h), y más adelante suprime la lista por la expresión “*en razón de la identidad del grupo o de la colectividad*”(artículo 7 (2) (g)), significando todo ello que el *mens rea* incluye cualquier grupo por motivos discriminatorios. Asimismo, el Estatuto de Roma requiere que el crimen se haya cometido en relación con cualquier otro crimen contra la humanidad, o cualquier otro de la competencia de la Corte¹²⁷⁷, como forma también de evitar que cualquier delito sea tipificado como persecución.

Como se ha podido observar, actualmente la CPI está conociendo los hechos acaecidos en Darfur que tuvieron lugar desde julio de 2002, fecha aproximada del inicio del conflicto. Dentro de los crímenes imputados a los acusados Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) y Abdel Raheem Muhammad Hussein está el de persecución, de acuerdo a la línea fijada por la Comisión de Expertos establecida por el Consejo de Seguridad en virtud de la Resolución S/RES/1564, de 18 de septiembre de 2004, quien remitió a su vez la situación de Darfur a la CPI por medio de la Resolución S/RES/2005, de 31 de marzo. Entre los delitos definidos por la Comisión susceptibles de persecución cometidos contra la tribus africanas fur, masalit y zaghawa, de forma

¹²⁷⁶ *Prosecutor v. Milorad Krnojelac* (IT-97-25-A), Appeals Chamber, Judgement 17 September 2003, pp. 81-82, pars. 185-186; *Prosecutor v. Radoslav Brdanin* (IT-99-36-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1215, p. 323, par. 993.

¹²⁷⁷ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (h).

sistemática, generalizada y discriminatoria, es decir, por motivos políticos por parte del gobierno contra los insurgentes estaban: saqueos, destrucción de aldeas, asesinatos, desplazamientos forzados de la población, torturas, violación y otros actos de violencia sexual¹²⁷⁸. Precisamente en ello y en la información suministrada por la Fiscalía se basa la Corte para creer que existen motivos razonables para sostener la comisión de esos crímenes denunciados cometidos por los acusados¹²⁷⁹.

En cuanto a la acusación del presidente de turno de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, la Fiscalía no consideró pertinente acusarlo del crimen de persecución pese a pruebas irrefutables de su participación como jefe de las fuerzas armadas y de gobierno de Sudán, de donde emanan las órdenes para actuar; en cambio fue imputado por genocidio. En ese sentido, como afirma Laurence Carrier, hubiera sido más factible una acusación por el crimen de persecución como una alternativa al genocidio a raíz del informe de la Comisión de Expertos aludida, toda vez que fuera más fácil de probar, sobre todo por la gran variedad de crímenes con que se relaciona el delito de persecución, y porque para el genocidio se necesita demostrar la intención específica de destruir¹²⁸⁰.

También está el fallido intento de procesar a Callixte Mbarushimana, miembro y uno de los líderes de las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda (FDLR, por sus siglas en inglés), imputado por el Fiscal por cometer crimen de persecución bajo la modalidad de “persecución basada en motivos de género”. El inculcado fue acusado de asesinato y de dar órdenes de cometer actos de violación en la República Democrática del Congo, concretamente en la región de Kivu durante el año 2009, pero los jueces no encontraron pruebas suficientes que lo vincularan con los crímenes denunciados, habida cuenta de que la población civil atacada eran los de su propio territorio, y carecían de creencias ideológicas fácilmente identificables que pudieran dar carácter de “grupo

¹²⁷⁸ Informe del Secretario General S/2005/60, de 7 de febrero, par. 638.

¹²⁷⁹ *Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb* (ICC-02/05-01/07), Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) of the Statute, Pre-Trial Chamber I, 27 April 2007, pp. 26-27, pars 74-75, y *Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein* (ICC-02/05-01/12), *loc. cit. supra* en nota 898, pp. 6-7.

¹²⁸⁰ Carrier-Desjardins, Laurence, “The Crime of Persecution and the Situation in Darfur: A Comment on the Al Bashir Arrest Warrant Decision”, pp. 1-9 (6) en: The Hague Justice Portal, en <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10761>, fecha de consulta 15 enero de 2014.

político” a los atacados¹²⁸¹. Del mismo modo, se espera que la CPI pueda conocer del crimen de persecución en Kenia, donde ya hay varios imputados, como los actuales presidente y vicepresidente, señores Uhuru Muigai Kenyatta y Willian Samoei Ruto, respectivamente, así como Saif Al-Islam Gaddafi, hijo del ex presidente Muammar Gaddafi en Libia, asesinado en noviembre de 2011¹²⁸².

I. Desaparición forzada de personas

El crimen de desaparición forzada de personas es relativamente nuevo, puesto en evidencia, como apunta Brian Finucane, por las desapariciones forzadas de personas ocurridas en Latinoamérica en las décadas de 1960, 1970 y 1980, época de grandes dictaduras o “guerras sucias”¹²⁸³, pero que evolucionó a partir de varios instrumentos y declaraciones de derechos humanos¹²⁸⁴, entre los que se pueden citar: Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1992 (Resolución 47/133); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 9 de junio de 1994 y, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la ONU el 20 de diciembre de 2006, que reconoce el delito como un crimen internacional contra la humanidad de competencia de la CPI.

Estos instrumentos, incluyendo el Estatuto de Roma, definen el crimen como “*la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período*

¹²⁸¹ Prosecutor v Callixte Mbarushimana (ICC-01/04-01/10), *loc. cit. supra* en nota 845, pp. 16-18, pars. 33-38.

¹²⁸² Para conocer de otros acusados por el crimen de persecución véase el tema sobre la práctica reciente de la CPI en el Capítulo cuatro.

¹²⁸³ Sobre todo de Chile y Argentina, Estados que fueron a su vez dos de los grandes impulsores en la aprobación del crimen. Salieron entonces a relucir las dictaduras de Chile con Augusto Pinochet entre 1974 y 1990 y de Argentina, con varios gobernantes entre 1976 y 1983. Ver Vidal, Christian, “Desapariciones forzadas en el contexto interamericano”, en *Lecciones y Ensayos*, n. 81, 2005, pp. 255-312 (258-260); Vitkauskait -Meurice, Dalia and Žilinskas, Justinas, “The concept of enforced disappearances in international law”, en *Jurisprudence*, vol. 120, n. 2, 2010, pp. 197-214 (198); McCormack, Tymotheny L. H., “Crimes against Humanity”, en *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Dominick McGoldrick *et al.* (eds.), Hart Publishing, North America (US and Canada), Portland, Oregon, 2004, pp. 179-201 (197); Luban, David, “A Theory of Crimes against Humanity”, *loc. cit. supra* en nota 1110, p. 100.

¹²⁸⁴ Finucane, Brian, “Enforced Disappearance as a Crime under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 35, n. 1, 2010, pp. 171-197 (171).

prolongado”¹²⁸⁵. Los elementos de los crímenes agregan que la aprehensión, secuestro o detención vaya acompañada de privación de libertad; que la situación imperante de la víctima continúe en el curso normal de los acontecimientos, a pesar de que en principio la aprehensión haya sido ajustada en derecho; y, como en todos los crímenes contra la humanidad, que el delito haya sido cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil¹²⁸⁶.

A pesar de que el crimen de desaparición forzosa es relativamente nuevo y ha estado ausente en los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio así como en la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, no obstante las innumerables desapariciones de personas cometidas por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, hoy día no hay duda de su reconocimiento como una conducta grave dentro del derecho internacional consuetudinario, concretamente en el campo de los derechos humanos. Existe escasa jurisprudencia al respecto. Los procesos más destacados conocidos son, por un lado, los correspondientes a *Velásquez Rodríguez v. Honduras* en 1988¹²⁸⁷, ante la Corte IDH¹²⁸⁸, y por otro lado, algunos ciudadanos contra Turquía y Federación Rusa, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹²⁸⁹, y como crimen de guerra, así como el juicio a Mitar Rasevic y Savo Todovic, acusados de cometer varios crímenes contra la humanidad incluyendo la desaparición forzada de personas en Bosnia-Herzegovina, entre 1992-1993¹²⁹⁰.

¹²⁸⁵ Artículo 7 (2) (i) del Estatuto de Roma

¹²⁸⁶ Ver Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (i).

¹²⁸⁷ Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, fue detenido por el Centro Nacional de Investigaciones (CNI) y el G-2 de Honduras en septiembre de 1981 sin orden judicial, y fue trasladado a varios centros de investigaciones del Estado sin que los familiares conocieran de su paradero. La Corte considera que a pesar de que la desaparición forzada de personas no es una novedad como violación de los derechos humanos, su práctica con carácter sistemático, generalizado y reiterado causa dolor, angustia y miedo, al tiempo de que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva puede ser considerada como un trato cruel e inhumano. Véase Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, pars. 149, 156.

¹²⁸⁸ Véase el estudio de algunos casos en Gómez Camacho, Juan José, “La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, n. 66, 2007, pp. 27-49; Parayre, Sonia, “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos*, n. 29, 1999, pp. 25-68; Lutz, Ellen L. and Sikkink, Kathryn, “International Human Rights Law and Practice in Latin America”, en *International Organization*, vol. 4, n. 3, 2000, pp. 633-659;

¹²⁸⁹ Vid. TEDH, Case *Kurt v. Turkey* (15/1997/799/1002/), Judgement 25 May 1998; TEDH, Case *Tas v. Turkey* (Application no. 24396/94), Judgement 14 November 2000; TEDH, Case *Bazorkina v. Russia* (Application no. 69481/01), Judgement 27 July 2006.

¹²⁹⁰ Court of Bosnia and Herzegovina (CBH), Prosecutor’s office of *Bosnia and Herzegovina v. Mitar Rašević and Savo Todović* (X-KR/06/275), Judgement 28 February 2008.

J. Apartheid

El Apartheid, a pesar de la gravedad del crimen y de que fue cometido masivamente por los nazis antes y durante la Segunda Guerra Mundial, es decir, en tiempo de paz y en tiempo de conflicto armado internacional, se obvió incluirlo en la lista de los crímenes contra la humanidad que figuraron en los Estatuto de los tribunales de Nüremberg y Tokio. Sin embargo, la marcada política de apartheid en Sudáfrica, que no degeneró en conflicto armado interno (por carecer las víctimas y los afectados de estructura organizativa militar)¹²⁹¹, pero sí en numerosos disturbios, aceleró la adopción por la Asamblea General de la ONU de la Convención para la Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid, el 30 de noviembre de 1973, calificando el delito como un crimen contra la humanidad. Acto seguido, fue incluido en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, concretamente en el artículo 85 (4) (c). Como se señaló en la citada Convención, se trata de una práctica inhumana y degradante basada en la discriminación racial, cuya consecuencia es el ultraje a la dignidad personal.

Pese a la gravedad del crimen, y de que el Grupo de Trabajo *Ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en Sudáfrica haya calificado ciertos actos de apartheid como una forma de genocidio¹²⁹², el mismo fue puesto en duda inclusive a modo de crimen contra la humanidad al momento de adoptarse la citada Convención que lleva su nombre, principalmente por Reino Unido, Estados Unidos y Australia¹²⁹³. Lo cual es

¹²⁹¹ La política de apartheid implementada por Sudáfrica en Namibia sí degeneró en conflicto armado interno, ya que los afectados organizaron grupos de resistencia, los llamados SWAPO (Organización Popular de África del Sudoccidental). Namibia estuvo en poder de Sudáfrica por mandato de la Sociedad de Naciones de tipo C (territorios que por densidad poblacional y muy bajo nivel de vida de sus poblaciones debían ser adscritos a una metrópoli para su desarrollo), y renovado por la ONU tras la Segunda Posguerra, pero terminado oficialmente en 1966. Vid. Naciones Unidas, *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, Naciones Unidas, 2003, p. 279; Aguirre, Mariano y Matthews, Robert, *Guerras de Baja Intensidad*, Fundamentos, Madrid, 1989, p. 167; Hopson, Rodney K., “Hither Education Transformation in Namibia: Road to Reform and Reconciliation or Rock of Sisyphus”, en *Apartheid No More: Case Studies of Southern African Universities in the Process of Transformation*, Reitumetse Obakeng Mabokela and Kinberly Lenaease King (eds.), Greenwood Publishing Group, United State of America, 2011, pp. 121-138 (127 y ss.).

¹²⁹² El Grupo de Expertos nombrado por la CDH en virtud de la Resolución 2 (XXIII), Doc. E/259 de 1967, elaboró varios informes, entre ellos el Estudio Concerniente al Apartheid desde el Punto de Vista del Derecho Internacional Penal, en: Doc. E/CN.4/950, de 27 de octubre de 1967 y Doc. E/CN.4/1075, de 15 de febrero de 1972.

¹²⁹³ Slye, Ronald C., “Apartheid as a Crime against Humanity: a Submission to the South African Truth and Reconciliation Commission”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 20, n. 2, 1999, pp. 267-300 (292). Durante la adopción de la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad, el Reino Unido por ejemplo, se opuso a considerarlo como un acto inhumano, mientras que en la adopción de la Convención contra el Apartheid, Estados Unidos insistía que no constituía un crimen contra la humanidad. Vid. al respecto, Lippman, Matthew, “Crimes against Humanity”, *loc. cit.* supra en nota 1117, pp. 234 y 237.

entendible ya que en términos prácticos son países que guardan cierta ideología en común, y máxime cuando los responsables del apartheid en Sudáfrica eran el gobierno y la élite blanca, afines a los intereses de la corona británica, en un país recién salido del colonialismo en 1961.

El ECPI formula el crimen de apartheid señalando que éste puede adoptar la forma de cualquier otro crimen contra la humanidad (artículo 7 (2) (h), especialmente el de persecución – cabría decir el cometido contra grupos raciales -, y otros actos inhumanos¹²⁹⁴, pero la característica que lo diferencia es que el mismo se produce cuando se comete “*bajo un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos sociales, y con la intención de mantener ese régimen*”. Los elementos de los crímenes señalan además que el acto cometido debe ser grave e inhumano, que el autor haya sido consciente de ello y que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil¹²⁹⁵.

K. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física

La expresión “otros actos inhumanos”, a pesar de su imprecisión e indefinición, logró imponerse en el ECPI, ya que la misma aparece en los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio, en la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado y en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*¹²⁹⁶. Según Lippman, dicha expresión fue acuñada para definir todas las demás violaciones graves contra el derecho internacional humanitario y los derechos humanos cometidas por los nazis contra los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, y su significado abarcó la discriminación económica, el pillaje, la confiscación de bienes y el saqueo, es decir, que el Tribunal de Nüremberg hizo la distinción en la persona y lo comercial – económico¹²⁹⁷. Sin embargo, posteriormente se ha entendido que la lista que contiene los crímenes en todos los Estatutos no es exhaustiva, sino de

¹²⁹⁴ Slye, Ronald C., “Apartheid as a Crime against Humanity: a Submission to the South African...”, *loc. cit. supra* en nota 1393, p. 279; McCormack, Tymotheny L. H., “Crímenes against Humanity”, en *The Permanent International Criminal Court...*, *loc. cit. supra* en nota 1283, p. 198.

¹²⁹⁵ Ver Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (j).

¹²⁹⁶ Hebel, Herman Von and Darryl, Robinson, “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”, *loc. cit. supra* en nota 1247, p. 102, Darryl, Robinson, “Defining “Crimes against Humanity” at the Rome Conference”, *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 43-57 (56).

¹²⁹⁷ Lippman, Matthew, “Crimes against Humanity”, *loc. cit. supra* en nota 1117, p. 201.

referencia, pues sería imposible enumerar todos los delitos que se creen graves en el derecho internacional penal¹²⁹⁸, al tiempo que el debatir o consensuar la aceptación universal de otros nuevos crímenes por los Estados, resultaría, posiblemente, en años interminables de negociación.

Pero, por otro lado, dicha expresión “otros actos inhumanos” podría violar el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, como apunta Bassiouni¹²⁹⁹. No obstante, hay que destacar que incluso los principios de derecho internacional muchas veces son limitados¹³⁰⁰, de manera que una laguna en derecho internacional podría subsanarse si en relación a la misma cuestión, ésta ha sido eficientemente tratada en la costumbre y el derecho interno, pues muchas veces un delito internacional lo es primero en el derecho interno, posiblemente con otra denominación, y ello es suficiente para que en derecho internacional también sea perseguido.

Precisamente por el contenido de la expresión “otros actos inhumanos” fue que la Sala de Apelaciones del TESL en el caso AFRC, ha identificado un nuevo crimen contra la humanidad, el correspondiente al matrimonio forzado, aún por desarrollarse. En ese sentido, el TPIY destaca que “otros actos inhumanos” les permite a los jueces determinar las distintas posibilidades y formas cambiantes con que se cometen ataques contra la humanidad¹³⁰¹.

Finalmente, los elementos del Estatuto de Roma ponen énfasis en que el acto inhumano realizado por el perpetrador haya causado graves sufrimientos o atentado grave contra la integridad física y la salud mental y física; en suma, que la conducta sea similar a los actos enumerados en el artículo 7 (1), que sea cometida como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, y de manera consciente¹³⁰².

¹²⁹⁸ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, pp. 60-61, pars. 149-150.

¹²⁹⁹ Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, p. 330; Jyrkkio, Terhi, “Other Inhumane Acts as Crime against Humanity”, en *Helsinki Law Review*, vol. 1, n. 2011, pp. 183-207 (188-189); Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crime...*, *loc. cit. supra* en nota 56, p. 530.

¹³⁰⁰ *Idem*, Jyrkkio, Terhi, p. 188.

¹³⁰¹ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.* (IT-95-16-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1165, p. 251, par. 623.

¹³⁰² Ver Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes contra la humanidad, artículo 7 (1) (k).

Según el TPIR, ello incluye obligar a una mujer a desnudarse y marchar en público¹³⁰³; y de otro lado, la doctrina enuncia realizar experimentos ilegales con seres humanos¹³⁰⁴

V. Crímenes de guerra en los conflictos armados internos

El llamado *ius in bello* o derecho de la guerra, hoy derecho internacional humanitario, protege a las víctimas de los conflictos armados, es decir, a las personas que no participan en las hostilidades – personas civiles, personal humanitario y sanitario, etc. - o han dejado de participar en ellas, inclusive a los soldados puestos fuera de combate por enfermedad o lesión, además de los prisioneros de guerra. Y, desde el llamado derecho de La Haya (concretamente llámese así a los Convenios de 1899 y 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre)¹³⁰⁵ comenzó a establecerse responsabilidades individuales por violación de esas normas, siendo el Estado el responsable de hacerlas efectivas, a menudo como crímenes de derecho interno, generalmente perseguidos por tribunales militares¹³⁰⁶.

De modo que, hasta hace poco, los llamados crímenes de guerra correspondían tan sólo a esas infracciones graves al derecho internacional humanitario, que por descripción corresponden a las leyes o usos de la guerra, a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional I de 1977, adoptados para regular la conducción de las hostilidades en los conflictos armados internacionales. Por tanto, la criminalización de la barbarie en los conflictos armados internos, en la forma de crímenes de guerra, proveniente de las violaciones a las demás normas, es decir, al artículo 3 común a los Convenios citados y al Protocolo Adicional II de 1977, presentaba ambigüedades al respecto, por lo que esa categoría de crímenes quedó a merced de los Estados, quienes tradicionalmente deciden aplicar su derecho interno en esta tipología de conflictos, por la dificultad de adecuar la norma internacional correspondiente¹³⁰⁷.

¹³⁰³ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 697.

¹³⁰⁴ Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, *loc. cit. supra* en nota 554, p. 80; Darryl, Robinson, “Defining “Crimes against Humanity” at the Rome...”, *loc. cit. supra* en nota 1124, p. 56.

¹³⁰⁵ Espaliú Berdud, Carlos, “Derecho Internacional Humanitario”, en *Derecho Internacional Público*, Víctor Manuel M. Sánchez (Dir.), Editorial Huygens, Barcelona, 2010, pp. 423-434 (425).

¹³⁰⁶ Beniso, Audrey I., “War Crimes: A Human Rights Approach to a Humanitarian Law Problem at the International Criminal Law,” en *Georgetown Law Journal*, vol. 88, n. 1, 1999, pp. 141-175 (146).

¹³⁰⁷ Darryl, Robinson y Von Hebel, Herman, “War Crimes in Internal Conflicts: article 8 of the ICC Statute” en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 193-209 (196 y ss).

En ese sentido, hubo que esperar a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda para que se consideraran también como crímenes de guerra las violaciones de las normas sobre conducción de las hostilidades en los conflictos armados internos, es decir, del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II, y otras violaciones a las leyes y usos de la guerra. Así, de acuerdo a la Sala de Apelaciones del caso *Dusko Tadic*, el artículo 3 del Estatuto del TPIY que se titula “violación de las leyes o usos de la guerra”, como cláusula residual o general que es cubre todas las violaciones del derecho internacional humanitario que no estén amparadas por los artículo 2, 4 y 5 de dicho Estatuto, y eso implica que también cubre las disposiciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 (para cuya tipología del conflicto es irrelevante) y otras de derecho internacional consuetudinario aplicables en los conflictos armados¹³⁰⁸.

De su lado, influenciado por el caso citado *Dusko Tadic*, el TPIR afirma que el artículo 4 (2) del Protocolo Adicional II, que trata sobre las garantías fundamentales, constituye una extensión del artículo 3 común, por lo que dichas garantías corresponden al menos al derecho internacional consuetudinario y por tanto generan responsabilidad individual a quien las haya violado¹³⁰⁹. Así, en respuesta a los crímenes de guerra, la Sala sostiene que debe haber un nexo entre el acusado y las fuerzas armadas, así como entre la ofensa y el conflicto armado¹³¹⁰. De ahí que la mayoría de los condenados en Ruanda por el TPIR lo fueran por crímenes contra la humanidad y genocidio, precisamente porque esas conductas, si bien fueron consecuencias del conflicto armado, no estuvieron relacionadas a él, pues se trataba más bien de una política del Estado dirigida por las autoridades civiles del país para asesinar tutsis¹³¹¹.

El problema fundamental es que, al no regularse expresamente la figura de crímenes de guerra en los conflictos armados internos, no estaba claro si esos crímenes cometidos por las personas civiles podrían también ser considerados como tales, ya que en los conflictos armados internacionales se sabe que se trata de dos o más fuerzas armadas

¹³⁰⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 87-93, 102, 117.

¹³⁰⁹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 610, 617; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 64, pars. 156-157.

¹³¹⁰ *Idem*, pp. 68, 224, pars. 169, 616; *Prosecutor v. Ignace Bagilishema* (ICTR-951A-T), *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 42, par. 105.

¹³¹¹ *Idem*, pp. 225, par. 619.

enemigas, en quienes principalmente recaen las responsabilidades por las norma violadas. Los casos *Akayesu* y *Kayishema* fueron decisivos: las Salas de Primera Instancia I y II respectivamente insistieron en que sólo las personas integrantes de las fuerzas armadas de ambos bandos deben ser tenidas como autores responsables, es decir, los comandantes, combatientes y otros miembros de las fuerzas armadas, así como las que tengan algún vínculo con ellas, como personas civiles, funcionarios o autoridades designadas por el gobierno para cumplir una misión en la guerra¹³¹², ello a pesar de que para el fiscal sólo era relevante el nexo entre el crimen cometido y el conflicto armado¹³¹³.

En ese sentido cabe destacar que la posición de ambas Salas limitaría el conjunto de los acusados, sobre todo cuando en un conflicto armado interno las personas civiles participan cada vez más en las hostilidades sin que tengan una conexión con las fuerzas armadas, tan sólo porque guardan intereses ideológicos comunes, cuyo ejemplo más paradigmático es el mismo conflicto en Ruanda, donde la mayoría de la población tutsi fue asesinada a manos de la población civil hutu por sentirse discriminada. La Sala de Apelaciones entendió este problema, y consideró que el Estatuto del TPIR no establece diferencia entre categorías de personas en las que pudiera recaer la responsabilidad por los crímenes cometidos, y tampoco lo establecen el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, por lo que ambas normas evitan hacer referencia sobre el establecimiento de una conexión entre el autor del crimen y las partes en conflicto (fuerzas armadas); en ese sentido, dictamina que nunca se ha considerado necesario establecer la categoría de personas que pueden ser procesadas por infracción a las normas citadas¹³¹⁴.

Sin embargo, los argumentos antes enunciados no aclaran la constitución de un crimen de guerra, por lo que se hace necesario analizar por separado los elementos constitutivos del mismo a fin de que podamos identificar cuándo se comete ese crimen. Todo ello para establecer la diferencia entre la comisión de una violación grave del derecho internacional humanitario que pudiera derivar en responsabilidad internacional penal del perpetrador y los delitos comunes cometidos inclusive durante el conflicto armado

¹³¹² *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, pars. 630-633; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, pp. 69-70, pars. 174-175.

¹³¹³ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1179, p. 127, par. 427.

¹³¹⁴ *Ídem*, pp. 130-133, pars. 435-443.

donde el derecho interno continúa igualmente aplicándose.

1. Elementos constitutivos de los crímenes de guerra

Así pues, partiendo de lo establecido en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los crímenes, encontramos como primer elemento el que se refiere a la perpetración de cualquiera de las conductas tipificadas como violaciones graves del artículo 3 común y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional (artículo 8 (2) (c) (e) del Estatuto de Roma); el segundo elemento se refiere a que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionado con él, para lo que el Estatuto de Roma excluye expresamente las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos (artículo 8 (2) (d) (f)); y, el tercero es que únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, lo que va implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de ... y que haya estado relacionada con él”¹³¹⁵.

En cuanto al primer elemento, conductas tipificadas como crímenes de guerra, el ECPI enumera una extensa lista de violaciones graves, conductas ilícitas que se pudieran cometer en un conflicto armado interno¹³¹⁶, lo cual ha sido un avance muy significativo, ya que trata de cubrir un conjunto de delitos enunciados genéricamente en el artículo 3 (1) común y otros cuyo origen proviene de la regulación correspondiente a los conflictos armados internacionales¹³¹⁷, algunos de los cuales son señalados de manera sucinta en el Protocolo Adicional II¹³¹⁸.

¹³¹⁵ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 (2) (c) (e).

¹³¹⁶ A saber: i) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) la toma de rehenes y iv) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

¹³¹⁷ Pérez González, Manuel, “Una Misión Posible: Mejorar el Sistema de Eficacia...”, *loc. cit. supra* en nota 328, p. 398.

¹³¹⁸ En concreto se criminaliza: i) dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con

De todos modos, la lista de delitos enumerados en el artículo 8 (2) (e) se considera en desventaja respecto al artículo 8 (2) (b) correspondiente a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, que recoge un conjunto de prohibiciones de derecho internacional convencional y consuetudinario. Ello refleja lo difícil que ha sido ir reconociendo que existe un derecho internacional consuetudinario también aplicable en los conflictos armados internos; ello a pesar de que la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Dusko Tadic* ya lo venía advirtiendo, en el sentido de que algunas prácticas estatales y jurisprudenciales vienen demostrando que ciertos principios y reglas de ese derecho han ido evolucionando para ser aplicado igualmente en los conflictos armados internos¹³¹⁹. Como de hecho lo ha dejado claro el CICR en su estudio sobre derecho internacional consuetudinario, en el que confirmó que la mayoría de normas sobre este derecho se aplican también en los conflictos armados internos¹³²⁰.

Por tanto, se podría concluir, como apunta Pérez González, que no es que se esté produciendo un trasvase o transposición de reglas o principios aplicables en los conflictos armados internacionales a los internos, sino que ello viene dándose por su carácter de exigencias humanitarias básicas en cualquier situación de violencia armada,

la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) matar o herir a traición a un combatiente adversario; x) declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo.

¹³¹⁹Sobre todo en relación a la conducción de las hostilidades, como la prohibición de atacar a las personas civiles y bienes civiles, lo que obliga a las Partes contendientes a tener precaución en los ataques contra objetivos militares; protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades; medios y métodos de hacer la guerra, como la prohibición o uso de ciertas armas que causan daños innecesarios. Ver *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 100-125. También Pérez González, Manuel, “Una Misión Posible: Mejorar el Sistema de Eficacia...”, *loc. cit. supra* en nota 328, p. 399, nota a pie de página 36..

¹³²⁰ Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (edits), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005.

y por tanto de aplicación en los conflictos armados internos¹³²¹, reglas y principios que por antonomasia implican la responsabilidad internacional penal para el individuo que los violase en tanto que “reflejan consideraciones elementales de humanidad”¹³²².

Por tanto, en el ECPI hubo notables ausencias, como ocurrió con algunos de los delitos a los que se refiere el artículo 4 (2) del Protocolo Adicional II, sobre todo en lo correspondiente a los castigos colectivos, incluidos en el Estatuto del TPIR como crimen de guerra¹³²³. Quedaron también pendientes el uso de armas tóxicas y químicas como crímenes de guerra¹³²⁴, someter a la población a padecer sed y falta de

¹³²¹ Vid. Pérez González, Manuel, “Tipos de Conflictos y Aplicación...”, *loc. cit. supra* en nota 29, p. 80.

¹³²² *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, par. 129.

¹³²³ La CDI había reconocido en 1991 que el castigo colectivo era un crimen de guerra esencialmente grave. Vid. Doc. A/46/10, (A/CN.4/SER/A/1991/Add.1(Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 764, artículo 22 del Proyecto de Código Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, sobre crímenes de guerra excepcionalmente graves, p. 113. Por su parte, el TESL produjo una condena por este crimen, y argumentó que el mismo está bien establecido en diversos tratados de derecho internacional humanitario, así como en algunas legislaciones nacionales, siendo los caso de Argentina, Reino Unido y Bélgica; asimismo, determinó los elementos constitutivos del crimen que son: a) castigo impuesto discriminadamente y colectivamente hacia una persona o grupo por actos que no han cometidos y, b) intento del perpetrador para discriminadamente y colectivamente castigar a las personas por actos cual forman el objeto del castigo. Vid. *Prosecutor v. Kamara and Kanu* (SCSL-04-16-T) (case AFRC), *loc. cit. supra* en nota 733, p. 206-207, par. 676, nota a pie de página 1320. Pese a que la Comisión Preparatoria de la Conferencia de Roma lo había incluido, se dice que el crimen fue eliminado a requerimiento de Estados involucrados con anexión u ocupación extranjera. Al respecto véase Darcy, Shane, “Prosecuting the War Crime of Collective Punishment: Is It Time to Amend the Rome Statute?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n. 1, 2010, pp. 29-51 (46). En todo caso, la Sala del TESL señaló que solo los caso en los cuales el acusado vaya a ser tenido como responsable penalmente por delitos relacionados con otro crimen, puede también ser penado por el crimen de castigo colectivo, vid *Prosecutor v. Fofana and Kondewa* (SCSL-04-14-T) (case CDF), *loc. cit. supra* en nota 735, p. 229, par. 729.

¹³²⁴ La Prohibición del uso de estas armas se puede encontrar probablemente en el artículo 23 (e) de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 (empleo de armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios y superfluos) y en el Protocolo de Ginebra de 1925 relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, de 17 de junio de 1925. El TPIY cree por tanto que estas prohibiciones pertenecen al derecho internacional consuetudinario, y por extensión a los conflictos armados internos, por lo que podría generar responsabilidad penal a pesar de su omisión (*Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 64, pars. 124-129). El uso más reciente de esas armas tuvo lugar el 21 de agosto de 2013 en el conflicto armado sirio, en violación indirecta a varios instrumentos internacionales sobre la materia como: la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción, de 13 de enero de 1993; la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, de 10 de abril de 1972, y el Protocolo de Ginebra de 1925. Si bien Siria no era parte en dichos instrumentos, especialmente el primero citado (lo es a partir del 14 de octubre de 2013), estaba obligada a su cumplimiento con arreglo al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 (ratificados por el Estado en 2 de noviembre de 1953), que señala el trato humano que debe dársele a la población civil durante un conflicto armado interno. En cuanto al empleo de armas químicas contra la población civil en Siria, resultante en la muerte de más de 1.400 personas, véase el informe del Secretario General de la ONU al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General, Doc. A/67/997 – S/2013/553, de 16 de septiembre de 2013, sobre alegaciones del uso de armas químicas en Siria el 21 de agosto de 2013, en Damasco y Ghouta.

alimentos¹³²⁵, así como la desprotección de la población civil de objetivos no militares por un ataque incidental de un objetivo militar¹³²⁶, daños al medio ambiente, actos de terrorismo, esclavitud, tráfico de esclavos, todos cubiertos por el artículo 4 (2) del Protocolo Adicional II, como observa Kai Ambos¹³²⁷.

Respecto al segundo elemento, que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado interno y haya estado relacionado con él, cabe destacar que el Estatuto de Roma ha seguido la línea establecida en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II, esto es, situaciones en las que el artículo 3 común es el aplicable y situaciones en las que además de dicho artículo se aplican otros usos y costumbres de la guerra que tienen también origen en el derecho internacional consuetudinario. En definitiva el Estatuto considera aplicable el artículo 3 común sólo para situaciones de violencia de un umbral bajo, pero siempre por encima de las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos; mientras que de las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, sólo se aplican a los conflictos armados internos prolongados entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos a la vez.

El factor “prolongado” es una transcripción de la definición aportada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Dusko Tadic* cuando puso énfasis en ese elemento¹³²⁸, lo que hace pensar que se refiere a los conflictos armados (guerras civiles) en los que se aplican las disposiciones del Protocolo Adicional II (artículo 1 (1)) al establecer un umbral elevado para ser cubiertos, diferente del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 que evita caer en restricciones. Sin embargo, una mirada a los comentarios que venía planteando la misma Sala supone que el concepto de conflicto armado acordado inclusive con el carácter de “prolongado” incluía también las situaciones cubiertas por el artículo 3 común y el propio Protocolo Adicional II, es

¹³²⁵ Spieker, Heike, “The international Criminal Court and Non –International Armed Conflicts”, en: *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 2000, pp. 395-425 (422 y ss.).

¹³²⁶ Kress, Claus, “War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2000, pp. 103 177 (112, 135).

¹³²⁷ Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, loc. cit. supra en nota 554, p. 102.

¹³²⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, loc. cit. supra en nota 64, par. 70.

decir, que la Sala no quiso establecer ninguna diferencia de situaciones, sino simplemente ofrecer una definición de conflicto armado interno apropiada y menos estricta de la que se pudiera extraer de las características establecidas en el Protocolo Adicional II.

Con ello se amplió el abanico de situaciones que pudieran considerarse como de conflicto armado interno, al eliminar algunas de las restricciones del Protocolo Adicional II (sobre todo que los grupos armados ejerzan sobre una parte de un territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo)¹³²⁹, sin que ello implicara la eliminación de los requisitos de intensidad y prolongación de las hostilidades.

Partiendo de lo anterior tenemos que el Estatuto de Roma, si bien destaca por recoger un conjunto de normas que tienen origen en un derecho internacional humanitario consuetudinario que lo sustenta y que por tanto progresivamente extienden su aplicación a los conflictos armados internos, ha caído en limitaciones considerables¹³³⁰. Dicho esto, el Estatuto de Roma, al utilizar el término “prolongado” para referirse a situaciones en las que exclusivamente se aplican las prohibiciones del artículo 8 (2) (e), ha vuelto a caer en la clasificación binaria de los conflictos armados internos, para los de umbral bajo (artículo 3 común) y para los de techo alto (Protocolo Adicional II)¹³³¹. En ese sentido, los conflictos armados internos en los que se aplica el artículo 3 común han quedado en desventaja, en suma, no constituyen crímenes de guerra las violaciones a las normas y principios de derecho internacional consuetudinario del artículo 8 (2) (e) cometidas en el contexto de esos tipos de conflictos. Lo cierto es que, como apunta Kai Ambos, el término “prolongado” deber ser interpretado de modo restringido¹³³² a fin de evitar caer en exclusiones de situaciones en que el carácter duradero del mismo no sea del todo concluyente, y por tanto se apliquen también las disposiciones del apartado (e) del artículo 8 (2).

¹³²⁹ Pérez González, Manuel, “Tipos de Conflictos y Aplicación...”, *loc. cit. supra* en nota 29, p. 42 de la versión en papel, CIVITAS, 2013.

¹³³⁰ De Beco, Gauthier, War Crimes in International Versus Non-International Armed Conflicts: “New Wine in Old Wineskins?”, en *International Criminal Law Review*, vol. 8, n. 1, 2008, pp. 319-329 (325).

¹³³¹ Pérez González, Manuel, “Una Misión Posible: Mejorar el Sistema de Eficacia...”, *loc. cit. supra* en nota 328, p. 395.

¹³³² Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, *loc. cit. supra* en nota 554, p. 89.

Por otra parte, las violaciones graves que podrían constituir crímenes de guerra lo son solamente si la conducta perpetrada está relacionada con el conflicto armado, de lo contrario estaríamos ante un crimen de derecho común regulado por el derecho interno. Así, por ejemplo, cuando un soldado da muerte a una persona por motivos pasionales, valga señalar por que su ex mujer ahora forma parte de otra persona, entonces dicho acto no es un crimen de guerra¹³³³, de ahí su importancia crucial¹³³⁴.

De todos modos, en principio, se presume que toda conducta cometida contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa, constituye un crimen de guerra a la luz de las disposiciones de los Elementos de los crímenes al dejar claro dos condiciones previo a la comisión del delito, a resaltar: a) *no se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional*, y b) *en ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional*¹³³⁵.

Partiendo de lo anterior, el Fiscal es el llamado a probar que el crimen, de manera objetiva, se cometió en el contexto de un conflicto armado, por lo que no caben interpretaciones ambiguas. El TPIY va en la misma dirección cuando hace alusión a la privación arbitraria de la vida, al apuntar que basta con que la misma esté relacionada con el conflicto, no que dicha privación se haya producido en medio del campo de batalla¹³³⁶, aunque dicho crimen se produzca fuera del teatro real de las operaciones militares¹³³⁷. Este último punto es importante en tanto que relativiza la conexión directa, pues en algunos casos es evidente mientras que en otros hay que demostrarlo¹³³⁸, sobre

¹³³³ Dörmann, Knut, "Crímenes de Guerra en los 'Elementos de los Crímenes'", en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma* en Kai Ambos (coord.), Tirant lo Blanc, 2002, pp. 105- 158 (114).

¹³³⁴ La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, loc. cit. supra en nota 72, p. 110.

¹³³⁵ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., loc. cit. supra en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8, introducción.

¹³³⁶ *Prosecutor v. Dusko Tadic* (IT-94-1-A), Appeals Chamber, loc. cit. supra en nota 64, par. 69.

¹³³⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber, loc. cit. supra en nota 87, p. 198, par. 573; *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber... loc. cit. supra en nota 118, p. 74, pars. 193-194.

¹³³⁸ *Ibidem*, (*Celebici*), p. 74, par. 193.

todo en caso de conflicto armado internacional donde las hostilidades tienden a abarcar varios frentes¹³³⁹.

En esa misma línea, pero de manera más estricta en razón de que se trataba de un conflicto armado puramente interno, para el TPIR debe haber una conexión directa entre el delito y el conflicto, resultando crucial que pueda demostrarse más allá de toda duda razonable¹³⁴⁰. Pero una cuestión debe quedar clara y que sirve también para diferenciar el crimen de guerra de los crímenes contra la humanidad, esto es, según el TPIY, que no es necesario demostrar que el crimen sea parte de una política avalada, tolerada y practicada por una de las Partes en conflicto, es así porque las obligaciones de las personas conforme al derecho internacional humanitario son independientes de otras obligaciones como la que deriva de la responsabilidad internacional del Estado¹³⁴¹, de modo que establecer un nexo entre el conflicto y el supuesto delito deber tener inclusive carácter imperativo¹³⁴².

En definitiva, el TPIY nos ofrece algunas luces de cómo demostrar la conexión existente entre el delito y el conflicto armado, a saber: a) el supuesto crimen se cometió en un entorno hostil, b) no tuvo que ser planeado o cometido como parte de una política pero la existencia del conflicto al menos jugó un papel importante en la capacidad del autor para cometerlo o para decidirlo, c) la forma en cómo el crimen fue perpetrado y el propósito que se buscaba, d) que el acusado haya actuado en cumplimiento de o con el pretexto del conflicto. Además, se deben tomar en cuenta los siguientes factores analizados desde el punto de vista de un conflicto armado internacional pero que pueden ser fácilmente aplicados en un conflicto armado interno: a) el hecho de que el autor es combatiente – “en un conflicto armado interno sería miembro de las fuerzas armadas estatales o de un grupo armado organizado” -, b) el hecho de que la víctima no es combatiente (valga decir que no participa directamente en las hostilidades, ha dejado de participar en ellas o es persona protegida), el hecho de que la víctima es miembro de la parte contraria – no necesariamente determinante o exigido durante un conflicto armado interno -, c) el hecho de que el acto puede ser el objetivo final de una campaña militar, y

¹³³⁹ Schabas, William, *The International Criminal Court: A commentary...*, loc. cit. supra en nota 1145, pp. 207-208.

¹³⁴⁰ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), loc. cit. supra en nota 507, pp. 74-75, pars. 188-189.

¹³⁴¹ *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A), Trial Chamber, loc. cit. supra en nota 87, p. 198, par. 573.

¹³⁴² *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-T), Trial Chamber, loc. cit. supra en nota 61, p. 26, par. 69.

d) el hecho de que el delito se haya cometido como parte de o en el contexto de las funciones oficiales del perpetrador¹³⁴³.

El TPIR está de acuerdo con los planteamientos de la Sala de Apelaciones del TPIY, pero, dado que el conflicto armado en Ruanda fue interno y que la figura de combatiente no es aplicable, advierte de que se necesita de un cuidado especial cuando el acusado no es combatiente, o bien para determinar el nexo y el conflicto. La Sala pone el ejemplo de cuando una persona, aprovechándose del desorden creado por un conflicto armado en el que la vigilancia policial ha disminuido considerablemente, da muerte a un vecino que odiaba durante años, según la Sala, no podría constituir esa acción como un crimen de guerra¹³⁴⁴. Así, para el caso del acusado *Georges Rutaganda*, encontró que el Fiscal pudo demostrar que esa persona participó en los ataques de refugiados tutsis en la escuela ETO; ejerció de hecho su influencia y autoridad sobre la milicia *Interahamwe*, que estaban armados con pistolas, granadas y machetes; la milicia *Interahamwe* junto a soldados de la guardia presidencial entraron en la escuela indicada lanzando granadas, disparando con sus armas y asesinando a los refugiados con palos y machetes; las víctimas eran personas protegidas a la luz del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II¹³⁴⁵.

Por otra parte, en cuanto al elemento mental establecido en los Elementos de los crímenes, cuyo texto señala que: “*únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de ... y que haya estado relacionada con él”*”, se puede observar que, tal como fue redactado dicho texto, vino a subsanar la problemática que suscita la interpretación del artículo 30 (3) del Estatuto de Roma en relación al nexo entre el crimen y el conflicto armado, pues a tenor de dicho artículo parece que el autor debe haber tenido el conocimiento explícito (u objetivo) de la existencia de un conflicto armado previo a la comisión del delito, de su naturaleza, o que va a producirse en el curso normal de los acontecimientos.

¹³⁴³ *Prosecutor v. Kunarac, et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1160, p. 17, pars. 58-59.

¹³⁴⁴ *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3A), Appeals Chamber, Judgement, 26 May 2003, pp. 160-161, par. 570.

¹³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 162-163, par. 577.

Por consiguiente, ha quedado establecido que al menos el autor conocía las circunstancias de hecho que suponían la existencia de un conflicto armado. Ahora bien, como el perpetrador no necesita saber circunstancias o hechos que determinen la naturaleza del conflicto, tampoco sabría si de lo que se trata es de disturbios interiores. Y es que, como apunta Eve La Haye, tener la certeza de ciertas circunstancias o hechos que determinan la naturaleza de un determinado tipo de conflicto (interno o internacional), implica que el perpetrador haya hecho una evaluación del mismo¹³⁴⁶- elemento que ya fue descartado como constitutivo del delito - y en ese sentido indagar cómo perpetrar el crimen o con cuáles medios. La cuestión es que, para la mayoría de las delegaciones en la negociación de los Elementos de los crímenes el autor sí deber haber tenido la conciencia de circunstancias que establecen la existencia de un conflicto armado en sentido general, suficiente como para saber que el uso de ciertas armas está prohibido durante un conflicto armado y permitido en otras situaciones (emplear veneno o armas envenenadas está prohibido en los conflictos armados internacionales – artículo 8 (2) (b) (xvii) - pero no en los de carácter interno), como también podría ser injusto condenar a una persona que no tenía conciencia de la existencia de un conflicto armado¹³⁴⁷.

Kai Ambos ofrece un ejemplo palpable de lo que puede significar el elemento mental en los crímenes de guerra, el cual nos permitimos reproducir: *“si el perpetrador actúa con la conciencia de que hay un conflicto armado en curso y se beneficia del mismo, tal conciencia es un vínculo entre la conducta y el conflicto. De ese modo, el vínculo con el conflicto armado está formado o creado por la imaginación del autor y no sólo basado en circunstancias meramente objetivas. Es suficiente, sin embargo, que estuviera consciente de las circunstancias legales implícitas (esto es, los posibles elementos normativos del actus reus)”*¹³⁴⁸.

2. Actos individuales o específicos

En lo que respecta a los crímenes de guerra, la CPI, según reza el artículo 8 de su Estatuto, está llamada a sancionar las conductas que “en particular” se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”.

¹³⁴⁶ La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, loc. cit. supra en nota 72, p. 113.

¹³⁴⁷ Ídem, p. 114.

¹³⁴⁸ Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, loc. cit. supra en nota 554, p. 94.

Como se puede observar, la formulación es parecida a la de los crímenes contra la humanidad salvo en lo atinente a que el plan, política o comisión a gran escala (generalizado) que no necesita ser concebido por un Estado u organización. De ahí que la fórmula introductoria tiene que ver con la gravedad de los crímenes y no tanto con la exigencia de un plan o política, y, además, la expresión “en particular” denota que la Corte puede prescindir de ello y así lo dejó claro en el caso *Bemba*¹³⁴⁹.

Seguido de lo anterior, el ECPI, en su artículo 8 (2) (c), señala todos los actos punibles a los que hace referencia el artículo 3 (1) común a los Convenios de Ginebra de 1949 sin establecer condiciones, pues se trata de un mínimo exigido en toda situación de conflicto armado, pero que de igual manera son conductas prohibidas en los conflictos armados internacionales. En lo siguiente, en el artículo 8 (2) (e), se recogen algunas infracciones establecidas en el Protocolo Adicional II y otras provenientes de los usos y costumbres de la guerra, para lo cual se requiere, como se destacó, que el conflicto tenga cierta duración.

El párrafo 2 correspondiente a la introducción de los Elementos de los crímenes, que enuncia los actos prohibidos de la competencia de la Corte, en el que se incluyen los cometidos durante un conflicto armado interno, expresa que será interpretado en el marco establecido del derecho internacional de los conflictos armados. Por consiguiente, algunas observaciones en las notas a pie de página explicadas en los Elementos de los crímenes para el caso de los conflictos armados internacionales serán igualmente válidas si se trata del mismo crimen castigado en un conflicto armado interno, al menos en lo relativo a su constitución¹³⁵⁰.

En lo que se refiere a los Elementos de los crímenes para cada crimen, se exige, aparte de los elementos comunes a todos los crímenes de guerra ya señalados y de los que se

¹³⁴⁹ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), Situation in the Democratic Republic of the Congo, Decision Pursuant to..., *loc. cit. supra* en nota 1154, p. 74, par. 211.

¹³⁵⁰ Por ejemplo, la jurisprudencia ha destacado que, en lo que respecta al homicidio cometido durante un conflicto armado internacional o interno, tanto el “homicidio intencional” (entiéndase “wiful killing” de la versión inglesa como se enuncia en las reglas aplicables en los conflictos armados internacionales) y el “asesinato” (o bien “murder” como se señala en las reglas aplicables en los conflictos armados internos) tienen el mismo significado. Vid. *Prosecutor v. Milomir Stakic* (IT-97-24-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1046, p. 178, par. 631; *Prosecutor v. Alex T. Brima et al.* (SCSL. 2004-16-T), *loc. cit. supra* en nota 747, p. 211, par. 688; también Schabas, William, *The International Criminal Court: A commentary...*, *loc. cit. supra* en nota 1145, p. 213. Lo mismo ocurre con los crímenes de guerra de tratos crueles y tortura.

derivan de cada uno de ellos por definición, y además de la comisión de la conducta que se pretende sancionar, se requiere que el crimen se haya cometido contra personas que hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no toman parte activa en las hostilidades.

En conjunto se trata de personas protegidas, que si bien el perpetrador evitó hacer una evaluación acerca del estatus de cada persona de acuerdo a los Convenios de Ginebra, siguiendo los Elementos de los crímenes, sí que las circunstancias de hecho le hayan llevado a conocer que la víctima era persona protegida¹³⁵¹, pues si bien las normas que corresponden a los conflictos armados internos obvian referirse al concepto de “personas protegidas” (en especial el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el artículo 4 del Protocolo Adicional II), incluyendo el Estatuto de Roma en el artículo 8 (2) (c) (e), ello es deducido de las propias normas cuando señalan a personas que no participan directamente en las hostilidades¹³⁵² o no toman parte activa en las hostilidades en la versión del ECPI. Los Elementos de los crímenes destacan también que en la expresión “personal religioso” se incluye personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga¹³⁵³.

A. Crimen de guerra de homicidio

Partiendo del primer crimen contemplado, el homicidio intencional, los Elementos de los crímenes no añaden algo adicional a los demás elementos que venimos señalando para los crímenes de guerra, de tal manera que los elementos constitutivos son los mismos que para los crímenes contra la humanidad salvo lo referido a que el crimen sea cometido como parte de un “plan” o “política”, hasta ahora determinante para esa categoría de crímenes. En el caso del conflicto armado en Ruanda el crimen de asesinato u homicidio intencional fue muy difícil de demostrar en tanto que en muchos casos no fue posible establecer la conexión con el conflicto armado, o bien la conducta fue subsumida por su par como crimen contra la humanidad o bien genocidio¹³⁵⁴.

¹³⁵¹ *Prosecutor v. Germain Katanga et al.* (ICC-01/04-01/07), Decision on the Confirmation of the Charges, 30 September 2008, par. 297.

¹³⁵² *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 434, p. 274, par. 972.

¹³⁵³ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) c) i)-1, elemento 2, nota a pie de página 56.

¹³⁵⁴ La Sala de Primera Instancia advirtió de esa posibilidad, según la cual, si de un hecho particular se deducen múltiples crímenes y así se estableció en el escrito de acusación adoptando diferentes formas

B. Crimen de guerra de mutilaciones

En relación al crimen de guerra de mutilaciones, los Elementos de los crímenes destacan, *inter alia* “que la conducta no haya estado justificada en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona o personas, ni se haya llevado a cabo de su interés”¹³⁵⁵. El crimen de mutilaciones es otro de los que se han producido en masa en la mayoría de los conflictos armados internos; en ocasiones el perpetrador comete el crimen para dejar marcada a la víctima permanentemente, de ahí que durante la Conferencia Preparatoria se hayan dado ejemplos de cómo que el perpetrador haya querido desfigurar a la víctima o incapacitarle removiéndole órganos del cuerpo o amputándole miembros¹³⁵⁶, provocándole lesiones físicas graves¹³⁵⁷. De acuerdo a los Elementos de los crímenes la muerte de la víctima no es requerida.

El crimen de mutilaciones forma parte de las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común (1) (a) y artículo 4 (2) (a) del Protocolo Adicional II. El hecho de que sea igualmente castigado en el artículo 8 (2) (e) xi) i, refuerza la tesis de que estamos tratando dos tipos de conflictos por separado de acuerdo a su umbral, o bien para significar la gravedad extrema de este crimen¹³⁵⁸.

Fuera de este tipo de barbarie, mutilaciones para dejar marcada a la víctima, los Elementos de los crímenes en su explicación en la nota a pie de página 68 del artículo 8 (2) (b) x) -1 expresan que para los casos en que la mutilación la hace un médico, ni siquiera el consentimiento de la víctima puede llegar a ser usado como causa para la defensa del acusado, puesto que el crimen prohíbe ciertos procedimientos médicos que no vayan acorde con el estado de salud de la persona, o bien los procedimientos deben cumplir con estándares médicos de calidad generalmente aceptados, como el que se

legales de tipos penales, por el principio acumulativo la Sala podrá escoger uno solo de ellos si más allá de toda duda razonable se llegara a demostrar que de dicho hecho se derivan todos los cargos contra el acusado. *Prosecutor v. Georges Rutaganda* (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 1032, pp. 49-50, pars. 107-110.

¹³⁵⁵ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) c) i)-2.

¹³⁵⁶ Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, with contributions by Louise Doswald-Beck and Robert Kolb, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2003, p. 230.

¹³⁵⁷ *Prosecutor v. Alfred Musema* (ICTR-96-13-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 434, p. 97, par. 285.

¹³⁵⁸ Grover, Sonja C., *The Torture of Children During Armed Conflicts: The ICC's Failure to Prosecute and the Negation of Children's Human Dignity*, Springer, New York, 2014, p. 16.

aplicaría a los nacionales de la persona médica que realiza el procedimiento sin que estén privados de libertad¹³⁵⁹. Si el consentimiento dado por la víctima es excluido como causa eximente de responsabilidad, esto podría entrar en contradicción con el elemento de intencionalidad establecido en el artículo 30 del Estatuto de la propia Corte y con el artículo 66 sobre la presunción de inocencia; sin embargo, al utilizar dicho artículo 30 la expresión “salvo disposición en contrario”, subsanaría este problema de incompatibilidad¹³⁶⁰.

C. Crimen de guerra de tratos crueles

Por otra parte, el crimen de guerra de tratos crueles requiere especialmente que el perpetrador haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas¹³⁶¹, constituyendo un atentado a la dignidad humana. Tiene relación con el crimen de guerra de tortura (artículo 8 2) c) i)-4) en cuanto a que éste busca un fin o un propósito, mientras que por otro lado presenta la misma tesitura que el crimen de guerra de tratos inhumanos (artículo 8 2) a) ii)-2) en correspondencia con el primer elemento constitutivo¹³⁶². El crimen en sí mismo puede formar parte de las circunstancias que llevan a la consumación de otro crimen: por ejemplo, en el caso de la orden de arresto contra el líder rebelde ugandés Joseph Kony (*situación en Uganda*), el Fiscal alegó que el acusado había secuestrado, atado, amenazado de muerte, golpeado y saqueado a personas civiles en algunas localidades¹³⁶³.

D. Crimen de guerra de tortura

En lo que concierne al crimen de guerra de tortura, los Elementos de los crímenes sugieren principalmente que el perpetrador haya causado dolor o sufrimiento a la víctima para obtener información o confesión, valiéndose de infligir castigo, intimidación, coacción o cualquier otro acto análogo cometido con discriminación de

¹³⁵⁹ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) c) i)-1, elemento 2, nota a pie de página 56

¹³⁶⁰ Schabas, William, *The International Criminal Court: A commentary...*, *loc. cit. supra* en nota 1145, p. 494.

¹³⁶¹ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) c) i)-3.

¹³⁶² En el caso *Delalic* la Sala de Primera Instancia del TPIY subrayó que se trataba del mismo crimen. Vid. *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, p. 162, par. 443.

¹³⁶³ *Prosecutor v. Joseph Kony* (ICC-02/04-01/05), Warrant of Arrest for Joseph Kony, *loc. cit. supra* en nota 873, cargos 7, 24 y 31 de trato cruel, pp. 13, 17 y 19.

cualquier tipo¹³⁶⁴. De acuerdo a la Sala de Primera Instancia del TPIY, el dolor o sufrimiento es objetivamente mayor que el provocado por el crimen de trato cruel y de atentado contra la dignidad personal haciendo que sea más específico¹³⁶⁵. Al contrario que el mismo crimen como crimen contra la humanidad no se requiere que la víctima estuviera bajo control o custodia del perpetrador, pues en cierto sentido esto ya es asumido por la condición de que la víctima se considera persona protegida. Hay unanimidad en cuanto a la definición de la tortura y los elementos constitutivos porque recoge los puntos esenciales de varios instrumentos de derechos humanos como la Convención contra la Tortura de 1984, la Declaración sobre Protección contra la Tortura de 1975 y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, reflejando el carácter consuetudinario de la misma¹³⁶⁶. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Kunarac* opina que la definición extraída de esos instrumentos - incorporada parcialmente en los Elementos de los crímenes - sigue estando incompleta porque otros elementos deben ser tomados en cuenta, como que, según sea el caso, el acto haya sido perpetrado por instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas¹³⁶⁷.

En lo que a ello respecta, en cuanto al primer elemento ideado por la Sala, el término “cualquier otra razón” deja la lista indefinida, de manera que se podrían considerar otras tantas razones según las circunstancias en que se cometió el crimen. El caso es que la Sala de Cuestiones Preliminares II evitó confirmar los cargos por tortura contra *Bemba Gombo* porque el Fiscal no pudo demostrar un propósito para cometer ese crimen¹³⁶⁸. Respecto al segundo elemento de la Sala, basta con que el crimen sea cometido por cualquier persona.

¹³⁶⁴ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) c) i)-4.

¹³⁶⁵ *Prosecutor v. Miroslav Kvocka* (IT-98-30-1/T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1271, pp. 61-62, par. 226.

¹³⁶⁶ *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 118, p. 167, par. 459; *Prosecutor v. Anto Furundzija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1250, p. 62, par. 160.

¹³⁶⁷ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 165, par. 484.

¹³⁶⁸ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), Situation in the Democratic Republic of the Congo, *loc. cit. supra* en nota 1142, pp. 100-101, pars. 299-300.

E. Crimen de guerra de atentado contra la dignidad personal

Para el caso del crimen de guerra de atentado contra la dignidad personal, dos elementos figuran como esenciales: a) que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad, y b) que el trato humillante o degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal¹³⁶⁹. Los atentados contra la dignidad personal pueden adoptar diversas formas¹³⁷⁰ sin que ninguno llegue a provocar daño físico o mental a la víctima, pero debe causar un sufrimiento real y duradero¹³⁷¹. La Sala de Apelaciones del TPIY destaca que la humillación debe ser tan intensa que cualquier persona quedaría indignada, y eso se determina por una evaluación de la víctima y por criterios objetivos¹³⁷². Se destaca también que para la perpetración del crimen no se requiere un propósito como sí ocurre con el crimen de tortura¹³⁷³, y tampoco se requiere que el crimen sea cometido por intención o motivo discriminatorio (en la razón de la pertenencia un grupo determinado), especialmente la de humillar y ridiculizar a la víctima¹³⁷⁴.

F. Crimen de guerra de toma de rehenes

Respecto al crimen de guerra de toma de rehenes, los elementos constitutivos en gran parte fueron extraídos de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979. Así, además de que se haya capturado, detenido o retenido a una o más personas

¹³⁶⁹ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) c) ii. En la nota a pie de página 57 se destaca que “personas” puede incluir a las fallecidas, en el sentido de que la persona no tiene que ser consciente de la existencia de la humillación o degradación o otra violación, puesto que se tiene en cuenta la cultura a la que pertenece la persona. Esta disposición está pensada para proteger las tradiciones culturales de algunas sociedades en las que se les rinde culto a los cuerpos antes de su enterramiento, cremación u otra forma de mantener viva la memoria del fallecido.

¹³⁷⁰ La jurisprudencia señala algunos ejemplos como someter a los detenidos a condiciones inadecuadas de reclusión, obligarlos a ser usados como sirvientes, obligarlos a realizar sus funciones corporales con la ropa puesta, soportar humillaciones por temor a represalias físicas, mentales o sexuales (*Prosecutor v. Miroslav Kvocka* (IT-98-30-1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1271, p. 48, par. 173), también el uso de los detenidos como escudos humanos y obligarlos a excavar zanjas (*Prosecutor v. Zlatko Aleksovsky* (IT-95-14/1-T), Trial Chamber, Judgement 25 June 1999, p. 82, par. 229).

¹³⁷¹ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 172, par. 500.

¹³⁷² *Prosecutor v. Kunarac, et al.* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1160, p. 49, par. 162. El asesinato no puede ser calificado como un ultraje a la dignidad personal, véase *Prosecutor v. Miroslav Kvocka* (IT-98-30-1/T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1271, p. 48, par. 172.

¹³⁷³ *Ibidem*, pp. 61-62, par. 226.

¹³⁷⁴ *Prosecutor v. Zlatko Aleksovsky* (IT-95-14/1-A), Judgement, *loc. cit. supra* en nota 427, p. 16, par. 28.

se exige principalmente a) *que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas*, y c) *que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas*. La Sala de Primera Instancia del TPIY subraya que, tal como se señala en el comentario del artículo 147 del cuarto Convenio de Ginebra, lo que hace especial este delito y lo diferencia de uno común después de consumada la privación ilegal de la libertad y la detención ilegal es la “amenaza a la víctima”, sea para prolongar la detención, herirle o darle muerte, también para obtener concesión o ganar ventaja¹³⁷⁵.

Un ejemplo ilustrativo lo apunta Marco Pedrazzi, formulando que puede darse cuando se confina forzosamente a personas civiles alrededor de un objetivo militar para obtener una ventaja protegiendo ese objetivo militar, bajo la amenaza de asesinar o provocar heridas a esas personas si el adversario no se abstiene de bombardear el área¹³⁷⁶. El autor pone el ejemplo de la acusación contra Radovan Karadzic y Rtko Mladic (serbobosnios), señalándose que entre el 26 de mayo de 1995 y el 2 de junio de 1995 los susodichos se apoderaron de 284 cascos azules en Pale (Sarajevo) y otros lugares tomándolos como rehenes a fin de evitar que la OTAN lanzara ataques aéreos en esas zonas contra objetivos militares potenciales; el crimen se ejecutó bajo amenaza y utilizando a las fuerzas de paz como escudos humanos¹³⁷⁷. Si bien el ejemplo proviene de un conflicto armado internacional o de ocupación, el hecho podría ser cometido igualmente en un conflicto armado interno contra las personas protegidas, inclusive contra personas que ya no toman parte activa en las hostilidades, como antiguos miembros de fuerzas armadas o de grupos armados organizados¹³⁷⁸.

¹³⁷⁵ *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-T), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 13, p. 89, par. 311-314; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1270, p. 221, pars. 638-639.

¹³⁷⁶ Pedrazzi, Marco, “Using Human Shields As a War Crime”, en *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Fausto Pocar, Marco Pedrazzi y Micaela Frulli (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom, 2013, pp. 98-116 (114).

¹³⁷⁷¹³⁷⁷ *Idem*. Vid *Prosecutor v. Radovan Karadzic y Ratko Mladic* (IT-95-5-I), Indictment, July 1995, cargos 13-16, par. 46-48.

¹³⁷⁸ *Idem* (Pedrazzi, Marco), también Werle, Gerhard y Jessberger, Florian, *Principles of International Criminal Law*, third edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, p. 458.

G. Crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales

La norma, y principio a la vez, que prohíbe condenar o ejecutar sin garantías judiciales está más que consolidada en derecho internacional, y, sin embargo, como otras de las enunciadas en esta investigación, es de las más violadas tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos. Los Elementos de los crímenes enuncian los principales componentes del crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales que resumimos en: a) *que no haya habido un juicio previo ante un tribunal o que el tribunal no estuviera regularmente constituido, es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional*, y b) *que el autor haya sabido que no había habido un juicio previo o no se habían ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial*¹³⁷⁹.

Dado que demostrar este crimen es bastante complejo, y de que a simple vista despierta diferentes conjeturas en relación al debido proceso, los jueces de la Corte serán los llamados a determinar si la persona que fue juzgada, condenada o ejecutada lo fue cumpliendo con las garantías generalmente reconocidas como indispensables por el derecho internacional humanitario y los derechos humanos¹³⁸⁰.

Ahora bien, de acuerdo a la redacción de la nota a pie de página 59 de los Elementos de los crímenes¹³⁸¹, sólo por un cúmulo de circunstancias es cuando verdaderamente se puede considerar que el crimen se ha cometido. Si bien ello busca dar carácter restrictivo al crimen a los fines de evitar que cualquier proceso penal o ejecución sea visto como un crimen de guerra sin la gravedad que ello comporta, o bien que un juicio justo haya sido denegado¹³⁸², creemos que, no obstante la expresión “la Corte debe considerar” de la nota a pie de página 59, los jueces deben manejar esa disposición con

¹³⁷⁹ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) c) iv.

¹³⁸⁰ La Haye, Eve, “The Elaboration of Elements for War Crimes”, en *Assays on the Rome Statute of International Criminal Court*, volume II, Flavia Lattanzi y William A. Schabas (eds.), il Sirente, Italia, 2003, pp. 305-331 (329).

¹³⁸¹ *Con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial.*

¹³⁸² chabas, William, *The International Criminal Court: A commentary...*, *loc. cit. supra* en nota 1145, p. 221.

mucha cautela porque a veces una sola circunstancia sería más que suficiente para que se condene o ejecute a una persona protegida sin las debidas garantías del debido proceso.

Respecto a los grupos armados organizados, de acuerdo a Pérez González, también éstos están llamados a respetar la obligación de un juicio justo si mantienen control de una parte de un territorio de manera prologada y si actúan con las características de un Estado¹³⁸³, y en ese sentido, como también apunta Kai Ambos, deben constituir un tribunal con todas las garantías de independencia e imparcialidad, de manera que les está prohibido constituir tribunales especiales sobre una base *ad hoc*¹³⁸⁴.

H. Crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil

El crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil es sin duda uno de los más graves contra el derecho internacional humanitario puesto que la población civil es ajena al conflicto y por tanto conserva inmunidad. Los Elementos de los crímenes enuncian dos que consideramos esenciales: *a) que el objeto del ataque haya sido una población civil en cuanto tal o personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades, y b) que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto a tal o contra personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades*¹³⁸⁵.

Este crimen es sumamente complejo en un conflicto armado interno debido a que el estatuto de personal civil se pierde en el contorno hostil, pues, como afirma Lindsay Moir, al recurrir los grupos armados a la guerra de guerrilla por la inferioridad militar en que se encuentran respecto a las fuerzas armadas del Estado, la población civil constituye su principal refugio¹³⁸⁶. Es en ese sentido que en un conflicto armado interno el principio de distinción se ha convertido en uno de los mayores retos del derecho internacional humanitario, sobre todo cuando las normas que regulan estos tipos de

¹³⁸³ Pérez González, Manuel, “Una Misión Posible: Mejorar el Sistema de Eficacia...”, *loc. cit. supra* en nota 328, p. 392.

¹³⁸⁴ Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, *loc. cit. supra* en nota 1193, p. 83.

¹³⁸⁵ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) i.

¹³⁸⁶ Moir, Lindsay, “Non-International Armed Conflict and Guerrilla Warfare”, *loc. cit. supra* en nota 998, p 341.

conflicto evitan establecer la diferencia entre personas civiles y quienes participan activamente en las hostilidades.

Así pues, la precaución en el ataque pasa por distinguir en este caso la población civil de los objetivos militares concretos. Dicho esto cabe recordar que en el contexto de un conflicto armado interno, de acuerdo al TPIR, el universo de la población civil abarca todas aquellas personas que no toma parte activa en las hostilidades, incluyendo los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, y las puestas fuera de combate por herida, detención o cualquier otra causa¹³⁸⁷. En otro orden señala que la población civil en un conflicto armado interno comprende a todas las personas, exceptuando quienes tienen el deber de mantener el orden público y tienen los medios legítimos para ejercer la fuerza, en suma que no son personas civiles los miembros de las Fuerzas Armadas Ruandesas (FAR), del FPR y la policía y la gendarmería nacional; de igual modo añade el Tribunal lo referido en el Protocolo Adicional I (artículo 50 (3)), que la presencia entre la población civil de personas que no responda a la definición de civil no priva a esa población de su calidad de civil¹³⁸⁸.

Partiendo de lo anterior, debe ser evitado todo ataque contra la población civil aunque ésta cuente con personas que no correspondan a la condición de civil. Y, dado que la prohibición de atacar a la población civil forma parte de uno de los principios de derecho internacional humanitario, las normas que regulan los ataques contra objetivos militares en los conflictos armados internacionales son también aplicables en los conflictos armados internos. De esta manera tenemos que están prohibidos según el artículo 51 (4) (5) del Protocolo Adicional I los ataques indiscriminados contra objetivos militares por el riesgo que supone que dichos ataques podrían provocar también muertes excesivas de personas civiles¹³⁸⁹; inclusive si se advierte de que el ataque podría ocasionar bajas civiles se debería descartar¹³⁹⁰..

¹³⁸⁷ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, *loc. cit. supra* en nota 176, par. 582; *Prosecutor v. Pavle Strugar* (ICTY-IT-01-42-T), Trial Chamber II, Judgement 31 January 2005, p. 124, par. 282.

¹³⁸⁸ *Idem* (*Prosecutor v. Pavle Strugar*); *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (ICTR 95-1-T), *loc. cit. supra* en nota 507, p. 53, pars. 127-128.

¹³⁸⁹ *Son ataques indiscriminados: a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil. 5. Se*

Cada vez más los Estados están apostando por el desarrollo de nuevas tecnologías militar con la intención de dirigir sus ataques contra objetivos militares precisos y provocar el menor daño posible- difícilmente asequible para los grupos armados -, sin embargo, un ataque contra un objetivo militar concreto en el que se hayan tomado las debidas medidas de precaución y aun así se provocan víctimas incidentales o colaterales, sólo constituye una violación del derecho internacional humanitario y por tanto un crimen de guerra si se considera excesivo en relación a la ventaja militar obtenida¹³⁹¹. Según la Sala de Primera Instancia del TPIY, la determinación de si un ataque ha sido proporcional en relación a la ventaja militar obtenida se debe examinar razonablemente a raíz de las circunstancias de si el perpetrador, haciendo un uso razonable de la información disponible, conocía que podría haber provocado bajas civiles excesivas¹³⁹².

Por otro lado, el uso de las armas nucleares podría considerarse violatorio del derecho internacional humanitario en la medida en que está pensado para aniquilar ciudades enteras, en un mundo donde el aumento de la población mundial y la descentralización de las ciudades están acercando cada vez más las poblaciones a los objetivos militares.

I. Crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra

Como viene a ser costumbre en derecho internacional, es un crimen de guerra dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios

considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil; b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

¹³⁹⁰ *Prosecutor v. Stanislav Galic* (ICTY-IT-98-29-T), Trial Chamber I, 5 December 2003, p. n/d, par. 58.

¹³⁹¹ *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1378, p. 16, par. 52; ver también Gaeta, Paola, “War Crimes and Other International ‘Core’ Crimes”, en *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds.), Oxford University Press, United Kingdom, 2014, pp. 737-765 (749); Moir, Lindsay, “Non-International Armed Conflict and Guerrilla Warfare”, *loc. cit. supra* en nota 998, p 342; Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1404, Rule 156, pp. 600-601; Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, *loc. cit. supra* en nota 1193, p. 148-149.

¹³⁹² *Prosecutor v. Stanislav Galic* (ICTY-IT-98-29-T), Trial Chamber I, 5 December 2003, p. n/d, par. 58.

de Ginebra. Como elemento principal de los Elementos de los crímenes destacamos: *que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra*¹³⁹³.

El personal humanitario, sus medios de trabajo y lugares de servicio siempre han gozado de protección especial, deducida del artículo 3 común y porque así fue contemplado en el Protocolo Adicional II (artículos 9 a 12); y esa protección forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario. De manera que criminalizar un ataque contra el personal humanitario y sus medios de servicio o realizar actos que pongan en peligro las labores humanitarias, se concibe como un gran desarrollo normativo en los conflictos armados internos. La cuestión es que el personal humanitario desempeña una labor extraordinaria con los enfermos, heridos, detenidos o confinados, y por eso merece que sea respetado y por tratado humanamente en toda circunstancia¹³⁹⁴.

Es evidente que la falta de uso distintivo para algunas personas dedicadas a la tarea humanitaria podría significar pérdida de protección, y los Elementos de los crímenes no dicen nada al respecto. En los comentarios del CICR acerca del Protocolo Adicional II se dice que el uso de emblema distintivo no es prerequisite para la protección, en suma que es opcional¹³⁹⁵. De manera que no queda claro si constituye un crimen de guerra un ataque realizado en circunstancias en que la persona, edificio, unidades, medios de transporte no emplee el emblema o distintivo de los Convenios de Ginebra, pues al tenor de los elementos de los crímenes solo se criminaliza el ataque mientras se use¹³⁹⁶.

¹³⁹³ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) ii.

¹³⁹⁴ Moir, Lindsay, "Non-International Armed Conflict and Guerrilla Warfare", *loc. cit. supra* en nota 998, p 343.

¹³⁹⁵ Moir, Lindsay, "Conduct of Hostilities – War Crimes", en *The Legal Regime of the International Criminal Court, Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, José Doria, Hans-Peter Gasser and M. Cherif Bassiouni (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009, pp. 485-536 (534).

¹³⁹⁶ *Ídem*.

J. Crimen de guerra dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria

Constituye un crimen de guerra dirigir ataques contra personal o bienes participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria. Los elementos más destacados son: a) *que el objeto del ataque haya sido personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, y b) *que el personal, las instalaciones, el material, las unidades o los vehículos mencionados hayan tenido derecho a la protección otorgada a las personas civiles o a los bienes de carácter civil con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados*¹³⁹⁷.

El crimen tiene origen en la Convención para la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado de 1994¹³⁹⁸, que protege a las personas contratadas y desplegadas por el Secretario General, a miembros de componentes militares, de policía o civiles, funcionarios, expertos en misión de las Naciones Unidas y sus organismos especializados; personas asignadas por un gobierno u organización intergubernamental en común acuerdo con el órgano competente de las Naciones Unidas; personas contratadas por el Secretario General, organismos especializados o por el OIEA; personas desplegadas por un organismo u organización no gubernamental de carácter humanitario en virtud de un acuerdo con el secretario general de las Naciones Unidas, con un organismo especializado o con el OIEA.

La Convención señala que ésta no se aplica a las operaciones de la ONU autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva en las que cualesquiera de los miembros del personal participe como combatientes contra fuerzas armadas organizadas, en las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales. Efectivamente, es claro que si toman parte activa en las hostilidades ya no serán inmunes contra ataques hostiles de un adversario. En todo caso, como pusimos de manifiesto en esta investigación respecto a la caracterización del conflicto armado en que las fuerzas de paz de la ONU tienen participación, sigue siendo objeto de debates

¹³⁹⁷ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) iii.

¹³⁹⁸ Olásolo, Héctor, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY's Case Law to the Rome Statute*, Martinus Nojhoff Publishers, The Netherlands, 2008, p. 92.

por un lado cuál sería el derecho aplicable y por otro lado si esas fuerzas son personas civiles¹³⁹⁹.

K. Crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos protegidos

Dirigir ataques contra bienes que son objeto de protección es un crimen de guerra de derecho internacional consuetudinario. Los Elementos de los crímenes señalan a tener en cuenta “*que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares*”¹⁴⁰⁰. La criminalización de esta conducta busca ante todo que los ataques durante el conflicto armado sólo sean dirigidos contra objetivos militares, de modo que aquí el principio de distinción es fundamental, pues junto al de la protección de las personas civiles y la población civil forma uno de los principios cardinales rectores de los textos que comprenden el derecho internacional humanitario¹⁴⁰¹.

La lista que comprende los ataques contra bienes protegidos trata de cubrir de manera genérica los bienes señalados en Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y la noción de necesidad militar; también lo establecido en los Protocolos Adicionales I y II (artículos 51-53 y 16 respectivamente), es así porque el derecho internacional consuetudinario prohíbe también ataques a ciudades no defendidas, villas, viviendas o construcciones que no son objetivos militares¹⁴⁰². De manera que señalarlos de modo genérico evita ser excluyente y al mismo tiempo entrar en controversia respecto a qué bien se considera un bien protegido. Así, el Protocolo Adicional I en su artículo 52 define negativamente los bienes civiles expresando que son todos aquellos que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2, es decir, *aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar*

¹³⁹⁹ Vid. En especial a Gadler, Alice, “The Protection of Peacekeepers and International Criminal Law: Legal Challenges and Broader Protection”, en *German Law Journal*, vol. 11, n. 6, 2010, pp. 585-608.

¹⁴⁰⁰ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) iv.

¹⁴⁰¹ CIJ, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons..., *loc. cit. supra* en nota 43, p. 257 (35), par. 78.

¹⁴⁰² *Prosecutor v. Pavle Strugar* (ICTY-IT-01-42-T), Trial Chamber II, Judgement 31 January 2005, p. 104-105, pars. 227-228; Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1404, Rule 37, p. 122,

definida. De modo que sólo cuando un bien se convierte en objetivo militar es cuando podría convertirse en blanco de ataque¹⁴⁰³.

L. Crimen de guerra de saquear

El pillaje o saqueo de bienes para uso privado o personal durante un conflicto armado interno también fue criminalizado en el ECPI. Pese a estar prohibido por el derecho internacional consuetudinario¹⁴⁰⁴ y recogido en varios instrumentos internacionales¹⁴⁰⁵ lamentablemente muchas de las grandes guerras internas tienen como uno de sus propósitos apoderarse de los bienes públicos y privados. La nota a pie de página 61 de los Elementos de los crímenes aclara que en la expresión “uso privado o personal”, la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo¹⁴⁰⁶. No está del todo claro cuáles serían esas necesidades militares, sobre todo si se refiere a necesidades militares privadas o personales, por lo que la introducción de esa nota se considera desafortunada¹⁴⁰⁷.

M. Crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y violencia sexual

Respecto a los crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y violencia sexual, nos remitimos a algunas aseveraciones que hemos ido realizando respecto a los mismos crímenes pero como crímenes contra la humanidad en el punto IV apartado G de este capítulo y a algunas aportaciones del TESL, a sabiendas de que como crímenes de guerra tales conductas no es un requisito *sui generis* que se cometan como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil. Por lo demás estos crímenes deben ser cometidos durante un conflicto armado interno, en relación con él y que el perpetrador

¹⁴⁰³ *Prosecutor v. Radoslav Brdanin* (IT-99-36-T), Trial Chamber II, *loc. cit. supra* en nota 1215, p. 220, par. 596.

¹⁴⁰⁴ *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.* (IT-96-21) (*Celebici*), Trial Chamber... *loc. cit. supra* en nota 118, pp. 115, 116 y 209, pars. 315 y 591; *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (IT-95-14-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1270, pp. 52-53, par. 148; *Prosecutor v. Goran Jelusic* (IT-95-10-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1016, p. 13, pars. 48-49.

¹⁴⁰⁵ Especialmente en el artículo 47 del Reglamento al cuarto Convenio de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, artículo 33 del cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y artículo 4 (2) (g) del Protocolo Adicional II.

¹⁴⁰⁶ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) v, nota a pie de página 61.

¹⁴⁰⁷ Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, with contributions by Louise Doswald-Beck and Robert Kolb, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2003, p. 272.

haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado, todo ello según lo establecido en los Elementos de los crímenes de guerra del ECPI, para cada crimen.

N. Crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños

El crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños fue analizado parcialmente cuando destacamos algunos aportes del TESL, por lo que nos vemos obligados a continuar con este punto. Los Elementos de los crímenes enuncian, *inter alia*: a) *que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades*; b) *que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años*, y c) *que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años*¹⁴⁰⁸.

Como conducta prohibida durante un conflicto armado interno tiene su base legal en el artículo 4 (3) (c) del Protocolo Adicional II, pues no se menciona en el artículo 3 común, y ha alcanzado rango de derecho internacional consuetudinario¹⁴⁰⁹. La duda respecto de si constituye un crimen de guerra que comporte la responsabilidad internacional del individuo fue planteada por el Secretario General de la ONU en ocasión del informe S/2000/915, de 4 de octubre de 2000 sobre el establecimiento del TESL¹⁴¹⁰. Si bien ha sido incorporado en el Estatuto de Roma con el rigor de crimen de guerra se considera un avance muy significativo porque esa norma es violada sistemáticamente en la mayoría de los conflictos armados actuales¹⁴¹¹.

Respecto al *mens rea* para este crimen según el artículo 30 del ECPI debe haber intención y conocimiento, pero como se puede observar los Elementos de los crímenes añaden la expresión “debiera haber sabido”, es decir, castiga también la negligencia, por lo que obliga al perpetrador conocer la edad del niño antes del alistamiento y

¹⁴⁰⁸ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) vii.

¹⁴⁰⁹ Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (edits), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1404, Rule 136, 483-485.

¹⁴¹⁰ Informe del Secretario General citado en la nota 714, sobre el Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona (S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, pp. 4-5, pars. 17-18).

¹⁴¹¹ Vid. en especial Waschefort, Gus, *International Law and Child Soldiers*, Studies in International Law, Hart Publishing Ltd, United Kingdom, 2015.

reclutamiento¹⁴¹². Como lo que se busca en esencia es evitar el uso de niños para que participen activamente en las hostilidades, que se utilicen como instrumentos de guerra tanto por las fuerzas armadas del Estado como por los grupos armados organizados, se castiga también el alistamiento, que si bien es cierto que es voluntario – y el reclutamiento es forzoso – la Sala de Cuestiones Preliminares I en la confirmación de los cargos contra Lubanga Dyilo adelantó que el consentimiento no es válido como defensa, y ambos términos (reclutamiento y alistamiento) son tratados de manera conjunta para significar lo mismo¹⁴¹³.

En cuanto al enfoque sobre lo que significa participación participación directa en las hostilidades, la Sala de Cuestiones Preliminares dio por entendido que la expresión “participación directa” queda subsumida por participación activa, y en ese sentido alegó que participación directa significa realizar actividades como exploración, espionaje, sabotaje, la utilización de niños como señuelos y mensajeros, por lo que utilizarlos en actividades claramente relacionadas con las hostilidades no queda cubierto por la expresión señalada, como puede ser utilizar a los niños para la entrega de alimentos a una base, usarlos como personal doméstico en casa de un oficial, pero sí aplica si son utilizados para proteger un objetivo militar o servir de guardaespaldas de los comandantes¹⁴¹⁴.

Si embargo, la Sala de Primera Instancia de la CPI aclara que el término “participar” engloba tanto la participación directa como la activa, y apoyándose en la Sala de Cuestiones Preliminares y la jurisprudencia del TESL, concluye que los dos elementos deben tratarse de manera combinada, evaluando caso por caso si la actividad realizada ha llevado al niño a estar participando activamente en las hostilidades aunque estuviera ausente en la escena inmediata donde se estaban llevando a cabo las hostilidades¹⁴¹⁵.

Por último, cabe destacar que la edad de los 15 años sobre la participación de los niños en los conflictos armados, ha sido elevada hasta los 18 en el Protocolo Facultativo de la

¹⁴¹² *Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Decision of the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007, p. 121, par. 358.

¹⁴¹³ *Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Decision of the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007, p. 85, par. 246-247.

¹⁴¹⁴ *Ibidem*, pp. 90-91, pars. 261-263.

¹⁴¹⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Decision on Sentence, *loc. cit. supra* en nota 838, pp. 283-286, pars. 622-628.

Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo del 2000. Si bien en la Convención se es consciente de que los Estados pudieran haber prescrito una edad de entre 15 y 18 años, se solicita a los Estados que al momento de la ratificación presenten cláusulas de salvaguardias para que no se realice reclutamiento por la fuerza o coacción (artículo 3). Por tanto, aparte de que solicita a los Estados elevar la edad mínima de reclutamiento voluntario hasta los 18 años, la Convención presenta cierta flexibilidad al dejar al Estado la facultad de establecer la edad que pueda considerar pertinente partiendo de los 15 años.

No obstante, Gómez Isa señala que algunos Estados como Estados Unidos, Cuba, Kuwait y Pakistán durante las discusiones del Proyecto se mostraron en contra de elevar la edad mínima hasta los 18 años, sobre todo Estados Unidos quien consideró que si en las actuales circunstancias no se respetaba la edad de 15 años elevarla tampoco contribuirá a ello¹⁴¹⁶. Lo cierto es que todo parece indicar que una gran mayoría de Estados está de acuerdo en elevarla, quizás no hasta los 18 pero sí dentro del intervalo de 15 a 18. Una muestra de ello es que hasta la fecha 159 Estados han ratificado el Protocolo, incluyendo los Estados indicados (excepto Pakistán)¹⁴¹⁷, una cantidad considerable en un tiempo relativamente corto.

O. Crimen de guerra de desplazar a personas civiles

En esta conducta los elementos de los crímenes señalan principalmente: *a) que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o*

¹⁴¹⁶ Gómez Isa, Felipe, “La participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n. 10, 2000, p. 57; sobre un estudio general además de éste autor acerca de la participación de los niños en los conflictos armados véase Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “La protección del niño en los conflictos armados por el derecho internacional humanitario. Los niños soldados”, en *El Menor ante el Derecho en el Siglo XXI*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, 2011, pp. 217-239; Tejido García, Carlos, “La Protección Jurídica Internacional de los Derechos del Niño en Situaciones de Conflicto Armado, con Atención Particular a la Problemática de los Niños Soldado”, en *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en Transición*, Jorge Pueyo Losa y Julio Jorge Urbina (coords.), Tórculo Ediciones, Colección de Estudios Internacionales, Cruz Roja Española, Santiago de Compostela, 2002, pp. 319-359; Ojinaga Ruiz, María del Rosario, “Niños soldados: comentarios al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados”, *Revista Española de Derecho Militar*, n. 80, julio-diciembre, 2002, pp. 41-103.

¹⁴¹⁷ Ver estado de ratificaciones en United Nations Treaty Collection, ver en https://treaties.un.org/page/s/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iv-11-b&chapter=4&lang=en, fecha de consulta 05 de abril de 2015.

*por necesidades militares, y b, que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden*¹⁴¹⁸. Como hemos afirmado, a pesar de que el artículo 17 del Protocolo Adicional II prohíbe los desplazamientos forzados de la población civil, en los conflictos armados internos hay carencia de reglas que apunten hacia una protección más extendida, sobre todo después que por razones imperiosas de seguridad lo han permitido.

La redacción de los Elementos de los crímenes puede traer confusión respecto al juego de palabras que comporta el título para este crimen de desplazar a personas civiles, pues habla de “personas civiles”, mientras el primer elemento de los crímenes expresa “una población”, y el Protocolo Adicional II que formula “la población civil”. En los trabajos preparatorios de la Conferencia de Roma quedó claro que el perpetrador no necesita ordenar el desplazamiento de toda la población para consumir el crimen¹⁴¹⁹.

P. Crimen de guerra de matar o herir a traición

En este crimen los Elementos de los crímenes destacan: *a) que el autor se haya ganado la confianza de uno o más combatientes adversarios y les haya hecho creer que tenían derecho a protección o que él estaba obligado a protegerlos en virtud de las normas del derecho internacional aplicable a los conflictos armados; que el autor haya tenido la intención de traicionar esa confianza; b) que el autor haya dado muerte o herido a esa persona o personas; c) que el autor, al matar o herir, haya aprovechado la confianza que se había ganado, y d) que esa persona o personas haya pertenecido a una parte adversa*¹⁴²⁰.

La criminalización de la perfidia es una novedad en los conflictos armados internos en lo que respecta a las normas aplicables en esos escenarios, pues ni el artículo 3 común ni el Protocolo Adicional II se pronuncian sobre ello. La norma inmediata hay que buscarla en el artículo 37 del Protocolo Adicional I y el artículo 23 (b) del Reglamento

¹⁴¹⁸ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) viii.

¹⁴¹⁹ Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, with contributions by Louise Doswald-Beck and Robert Kolb, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2003, p. 472; Jacques, Mélanie, *Armed Conflict and Displacement*..., *loc. cit. supra* en nota 330, p. 153; Moir, Lindsay, “Non-International Armed Conflict and Guerrilla Warfare”, *loc. cit. supra* en nota 998, p 349.

¹⁴²⁰ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) ix.

de la cuarta Convención de La Haya de 1907 que sí lo prohíben. Matar o herir a traición se considera indigno, tanto faltar al acto que indica rendición mediante banderas o símbolos, como hacerse pasar por persona civil para luego traicionar la confianza del enemigo.

La utilización del término combatiente en el primer elemento constitutivo para referirse a situaciones que comprende un conflicto armado interno, pone de manifiesto que el término “combatiente” podría estar siendo asimilado también en esa categoría de conflicto, aunque de momento no está en discusión la categoría jurídica de combatiente para referirse sólo a los conflictos armados internacionales.

Q. Crimen de guerra de no dar cuartel

Este crimen presenta especialmente los siguientes elementos constitutivos: *a) que el autor haya dado una orden o hecho una declaración en el sentido de que no hubiese supervivientes; b) que la orden o la declaración se haya dado o hecho para amenazar a un adversario o para conducir las hostilidades de manera de que no hubiesen supervivientes, y c) que el autor haya estado en situación de mando o control efectivos respecto de las fuerzas subordinadas a las que haya dirigido la orden o la declaración*¹⁴²¹.

Ordenar que no haya supervivientes es manifiestamente un crimen atroz, máxime cuando se pretende eliminar a toda una población. En tal sentido, su prohibición proviene del derecho internacional consuetudinario¹⁴²². El artículo 3 común no contiene normas que lo señalen pero, como subraya el Estudio sobre Derecho Internacional Consuetudinario del CICR, se podría considerar contrario a ese precepto en tanto que buscar dar muerte a personas puestas fuera de combate¹⁴²³, como igualmente apunta Lindsay Moir, se viola el principio de proporcionalidad y de la regla que regula el uso de la fuerza que es controlada estrictamente por la necesidad militar¹⁴²⁴. Los Protocolos

¹⁴²¹ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) x.

¹⁴²² Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (edits), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1404, Rule 46, pp. 161-163.

¹⁴²³ *Ídem*.

¹⁴²⁴ Moir, Lindsay, “Non-International Armed Conflict and Guerrilla Warfare”, *loc. cit. supra* en nota 998, p. 350.

Adicionales I (artículo 40) y II (artículo 4 (1)) prohíben este tipo de conducta, además del artículo 23 (d) del Reglamento del cuarto Convenio de La Haya de 1907.

R. Crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos

El crimen de guerra de someter a experimentos médicos o científicos presenta los siguientes elementos seleccionados: a) *que el experimento haya causado la muerte de esa persona o personas o haya puesto en grave peligro su salud o integridad física o mental, y b) que la conducta no haya estado justificada en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de esa persona o personas ni se haya llevado a cabo en su interés*¹⁴²⁵.

Como crimen inhumano, se ha recordado que durante la Conferencia Preparatoria para la aprobación del Estatuto de Roma salieron a relucir episodios de la Segunda Guerra Mundial cuando numerosos niños y adultos seleccionados discriminadamente de acuerdo a la edad fueron sometidos a experimentos médicos bajo engaño y amenazas¹⁴²⁶. Este ejemplo supone un acto discriminatorio y un propósito en cuanto a la selección de la víctima, pero dichos elementos no son requeridos en los Elementos de los crímenes, pero pueden ser indicadores.

El crimen de experimentos médicos o científicos no figura en el artículo 3 común pero como otros tantos señalados en esta investigación van implícitos en la disposición en tanto que supone un atentado contra la vida y la dignidad personal. Tampoco se expresa de forma específica en el Protocolo Adicional II, pero es fácilmente deducido del artículo 10 (2) cuando dice que *no se podrá obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a realizar actos ni a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos, o a las disposiciones del presente Protocolo*. Ello indica una forma de garantía tendiente a prohibir utilizar personas para experimentos médicos o científicos, especialmente

¹⁴²⁵ Elementos de los crímenes aprobados en New York..., *loc. cit. supra* en nota 1161, elementos de los crímenes de guerra, artículo 8 2) e) xi.

¹⁴²⁶ Grover recuerda cuando el susodicho oficial de las SS en el campo de concentración de Auschwitz, sometía a niños judíos a experimentos médicos científicos. Vid. Grover, Sonja C., *The Torture of Children During Armed Conflicts: The ICC's Failure to Prosecute and the Negation of Children's Human Dignity*, Springer, New York, 2014, p. 16.

personas vulnerables como las señaladas¹⁴²⁷. Todo ello se completa con lo expresado en el artículo 5 (2) (e) para las personas privadas de libertad, en el sentido de que también prohíbe realizar *cualquier intervención médica que no esté acorde con las normas médicas generalmente reconocidas, y que se aplicarían en circunstancias análogas a las personas no privadas de libertad*.

S. Crimen de guerra de destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo

Destruir bienes del enemigo o apoderarse de bienes del enemigo es un crimen de guerra bajo el ECPI cometido durante un conflicto armado interno. Sus elementos constitutivos son esencialmente: a) *que ese bien haya sido de propiedad de una parte enemiga*; b) *que ese bien haya estado protegido de la destrucción o apropiación en virtud del derecho internacional de los conflictos armados*, y c) *que la destrucción o apropiación no haya estado justificada por necesidades militares*. De entrada se puede apreciar que este crimen conserva los mismos elementos constitutivos que el saqueo o pillaje, salvo que la propiedad debe ser de un adversario, además de que el bien podría conllevar su destrucción.

Dado que el artículo 3 común no se pronuncia sobre la destrucción o apoderamiento de bienes del enemigo, y partiendo de que el Protocolo Adicional II en su artículo 14 hace algunas aseveraciones sobre la prohibición de atacar, destruir, sustraer o inutilizar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, como alimentos, zonas agrícolas que lo producen, cosechas, ganado, instalaciones y reservas de agua potable y obras de riego, podemos afirmar que dicho crimen es una extensión de la misma prohibición que figura en algunas normas correspondientes a los conflictos armados internacionales, incluyendo el pillaje, a saber: artículos 46, 47, 52 y 53 del Reglamento del cuarto Convenio de La Haya de 1907, artículo 18 y 53 del tercer y cuarto Convenio de Ginebra de 1949 respectivamente¹⁴²⁸. En un conflicto armado interno este crimen básicamente está pensado para evitar que grupos armados organizados destruyan o se

¹⁴²⁷ Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1404, Rule 92, pp. 87 y 321.

¹⁴²⁸ Moir, Lindsay, "Conduct of Hostilities – War Crimes", en *The Legal Regime of the International Criminal Court, Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, José Doria, Hans-Peter Gasser and M. Cherif Bassiouni (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009, pp. 485-536 (525).

apoderen de propiedades públicas o privadas del adversario, sobre todo de recursos naturales¹⁴²⁹.

Por último, basta decir que la CPI tiene muchos procesos abiertos en relación con los tres grupos importantes de crímenes de su competencia, es decir, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, de manera que habrá que esperar cuál va a ser su aportación respecto a su conceptualización, elementos constitutivos y redefinición, además del futuro crimen de agresión, y cómo no, la aparición de otros tantos bajo el paraguas de “otros tratos inhumanos” en la modalidad de crímenes contra la humanidad. Asimismo, con respecto a la auto-remisión – *self-referrals* - de casos; encarar las dificultades de la cooperación judicial en la búsqueda de pruebas y procesar individuos de difícil aprehensión, y posiblemente caer en desprestigio cuando tengan que ser las autoridades nuevas de un Estado las que remitan la situación¹⁴³⁰, por lo que corre el riesgo de actuar con cierta parcialidad.

En otro orden, en las páginas sucesivas, analizaremos la labor realizada por los Estados como primeros garantes de velar por el cumplimiento de las normas internacionales del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que invitan a reprimir los crímenes señalados en conexión con el principio de jurisdicción universal; muy importante porque la competencia de la Corte sólo se limita a partir de su entrada en vigor en junio de 2002. Por ello, analizaremos la impunidad reinante en algunos de los regímenes poco democráticos y con un sistema judicial colapsado, antes y después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma; entre otras cuestiones, las reparaciones de las víctimas de los crímenes señalados, cuyas medidas a veces son incompatibles con leyes que patrocinan amnistía general por todos ellos y para todos los responsables de esas conductas.

¹⁴²⁹ Rayfuse, Rosemay, *War and the Environment: News Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2014, p. 216.

¹⁴³⁰ Ambos, Kai, y Stegmiller, Ignaz, “Investigando Crímenes Internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en *Revista Penal*, n. 32, julio 2013, pp. 41-59 (49).

CAPITULO VI. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO EN EL ESTADO ACTUAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

En el presente capítulo, el análisis de la responsabilidad internacional penal del individuo en el estado actual de los conflictos armados internos nos conduce esencialmente a analizar cuestiones como la jurisdicción universal desde la perspectiva de los distintos sistemas jurídicos nacionales y su relación con la CPI, también algunas cuestiones jurídicas que suscita la aplicación simultánea del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en lo que respecta a la persecución de los crímenes internacionales, así como el establecimiento de las comisiones de la verdad y reconciliación nacional. Enseguida, el análisis se centra en el delicado asunto de las inmunidades de jurisdicción por el cargo oficial y la inmunidad de los Estados, pues representan hasta este momento una barrera en la persecución de los crímenes internacionales. Más adelante, y siguiendo este orden de ideas, el análisis aborda la complejidad de la implementación de las amnistías nacionales, en particular en los Estados que transitan hacia la democracia y respecto de los cuales el conflicto armado interno ha permeado sensiblemente sus estructuras. Se analizan además los mecanismos de reparación integral para las víctimas – personas civiles - que se han implementado en Estados como El Salvador, Perú, Nicaragua, Guatemala y Colombia; todo ello señalando posibles perspectivas.

Sección Primera. Grandes desafíos en la búsqueda de eficacia por la correcta aplicación de la institución de la responsabilidad internacional penal del individuo

I. Jurisdicción universal para los crímenes más graves perpetrados contra las personas civiles y la población civil: su impacto actual en la lucha contra la impunidad

En primer orden, es necesario precisar que, tal como indican sus términos, la jurisdicción universal aplicada aquí puede ser entendida como la capacidad que posee el Estado, de acuerdo a su derecho interno y a la autoridad conferida por algunos tratados internacionales, de extender su jurisdicción penal más allá de sus fronteras nacionales respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional para la comunidad

internacional en su conjunto¹⁴³¹, dígase en especial de los delitos que hoy día ocupan el primer plano en el derecho internacional penal, los crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad, significando en este caso jurisdicción extraterritorial de los órganos jurisdiccionales¹⁴³².

Ahora bien, en los últimos años, con la puesta en marcha de la CPI, se ha visto disminuir de modo significativo el ejercicio de la jurisdicción universal, principalmente sobre la base de la aplicación del principio de justicia universal, que es ejercitado *ipso facto*, por la perpetración de los crímenes antes aludidos¹⁴³³. Esto debido a que los Estados ahora están implementando la persecución internacional del crimen basada en los distintos nexos existentes¹⁴³⁴, y es así porque la presencia de la Corte ha tenido

¹⁴³¹ O'Keefe, Roger, "The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction", *loc. cit. supra* en nota 981, p. 812; Bollo Arocena, María Dolores, "Soberanía, Justicia Universal e Inmunidad de Jurisdicción en los Asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia", en *REDI*, vol. LVI, n. 1, 2004, pp. 91-127 (99).

¹⁴³² La jurisdicción en sí misma se caracteriza por ser complejo, hasta el punto de carecer de una definición reconocible universalmente; a ello se refiere el juez *ad hoc* Van Den Wyngaert en el caso de la *Orden de Arresto (RDC v. Bélgica)*, quien señaló la falta de una definición generalmente aceptada en derecho convencional y consuetudinario sobre el principio. Véase CIJ, República Democrática del Congo contra Bélgica -*Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*-, de 14 de febrero de 2002, Dissenting Opinion of Van Den Wyngaert, p. 165, par. 44.

¹⁴³³ Sólo haremos referencia a los más graves, concretamente los que constituyen genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado interno, que dan lugar a la jurisdicción universal sobre la base del principio de justicia universal o universalidad.

¹⁴³⁴ Cabe destacar que la jurisdicción universal podría activarse por varios mecanismos o principios siendo, el más extensivo y absoluto el de justicia universal, para el que no se requiere ningún elemento de conexión territorial, pasivo o activo. En cambio, para otros casos, de acuerdo al interés del Estado que persigue respecto a la conducta delictiva, o en relación al nexo entre el Estado y la víctima o el autor del crimen, existen varios ejemplos: el Estado que persigue lo hace en función de que la víctima es nacional suyo (principio de personalidad pasiva); el Estado que persigue lo hace en función de que el delito es castigado también en el Estado de la nacionalidad del autor (principio de nacionalidad o de personalidad activa – doble incriminación –); el Estado persigue al autor del delito cometido en su territorio, pero éste se encuentra fuera de él, por lo que solicita su entrega o extradición (principio de territorialidad); y el Estado ejerce su competencia bajo el entendido de que el delito amenaza su seguridad (principio real o de protección de intereses), véase Ambos, Kai, "El Fundamento del *Ius Puniendi* Nacional; en Particular, su Aplicación Extraterritorial", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XL, n. 119, 2007, pp. 267-293 (271-275); Remiro Brotons, Antonio, "La Persecución de los Crímenes Internacionales por los Tribunales Estatales: El Principio de Universalidad", en *Curso de Derecho Internacional XXXIII*, Comité Jurídico Interamericano, Rio de Janeiro, Brasil, 2006, pp. 491-516 (494 y 499); Bollo Arocena, María Dolores, "Soberanía, Justicia Universal e Inmunidad...", *loc. cit. supra* en nota 1431, p. 99; Jiménez García, Francisco, "Justicia Universal e Inmunidades Estatales: Justicia o Impunidad: ¿Una Encrucijada Dualista para el Derecho Internacional?", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 63-124 (79); Orihuela Calatayud, Esperanza, "La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando los Vacíos de la Jurisdicción Territorial", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 159-238 (177); O'Keefe, Roger, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 3, 2004, pp. 735-760 (738-739); Bassiouni, M. Cherif, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n. 1, 2001, pp. 81-162 (88); Randall, Kenneth C., "Universal Jurisdiction under International Law", en: *Texas Law Review*, vol. 66, n. 4, 1988, pp. 785-841 (787-788).

efecto disuasorio para que el Estado territorial ejerza su jurisdicción sobre dichos crímenes.

De todos modos, es bien sabido que la práctica de la jurisdicción universal por medio del principio de justicia universal nunca ha estado tan activa como veremos en lo sucesivo, es así porque generalmente ésta se ha ejercitado en menoscabo de la actuación del Estado territorial o del *locus delicti* sólo cuando existe algún elemento de conexión o interés del Estado que persigue. Podemos afirmar que tuvo su mayor repunte tras la instauración de los tribunales *ad hoc* en la antigua Yugoslavia y Ruanda, seguida de los tribunales mixtos con la cooperación de la ONU, los cuales favorecieron que algunos Estados procuraran procesar a los supuestos responsables de cometer crímenes internacionales graves en una comunidad internacional ya humanizada¹⁴³⁵.

Sin embargo, a pesar de su poco uso, al día de hoy la institución de la jurisdicción universal en relación al principio de justicia universal para los crímenes más graves continúa siendo importante para paliar la impunidad principalmente por dos razones sobrevenidas al ponerse en marcha la CPI: a) la Institución Judicial solo tiene competencia para conocer de los delitos perpetrados a partir de su entrada en funcionamiento (julio de 2002) y b) un gran número de Estados aún no han ratificado el Estatuto de Roma, y por tanto quedan fuera de su jurisdicción. Asimismo, cabe recordar que la Corte actúa sólo a modo complementario, de modo que en virtud del artículo 17 de su Estatuto la Institución no se opondrá ni intervendrá a una investigación que esté realizando un Estado en el ejercicio de sus facultades¹⁴³⁶. Por consiguiente, cabe reiterar

¹⁴³⁵ Hemos manifestado que la responsabilidad internacional penal del individuo por la perpetración de crímenes internacionales más graves, muy especialmente contra las personas civiles y la población civil en los conflictos armados internos, ha consistido en forma moderada, en la obligación de los Estados de reprimir esas conductas de acuerdo a lo estipulado en su derecho interno, en caso de haber extendido el régimen de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 a dichos conflictos, o simplemente por haber tipificado como violaciones graves las normas pertinentes al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II, todo ello junto al genocidio y los crímenes contra la humanidad. Por tanto, por efecto de los tribunales *ad hoc* principalmente, la institución de la jurisdicción universal por estos crímenes tuvo gran empuje y adquirió un rol protagónico, de modo que si un Estado en el que se ha desarrollado un conflicto armado interno se rehusaba a cumplir con el deber de perseguir los crímenes más graves, otro Estado, haciendo uso del ejercicio de la jurisdicción universal, podía perseguir al infractor, por requerimiento de los tratados y convenciones que así lo disponen y por mandato del derecho internacional imperativo o de *ius cogens*. En ocasiones, la represión de las conductas que daban origen a esa responsabilidad para el caso de los crímenes de guerra, quedaba subsumida por la persecución de los crímenes contra la humanidad, debido a que se pueden cometer tanto en tiempo de paz como de guerra.

¹⁴³⁶ Ryngaert, Cedric, “Universal Jurisdiction in an ICC Era: A Role to Play for EU Member States with the Support of the European Union”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 14, n. 1, 2006, pp. 46-80 (49-51).

que dicho ejercicio aún se encuentra activo, evidentemente en menor proporción que antes, pues el rol de la CPI está siendo decisivo *a posteriori* de su entrada en funcionamiento.

Además, los Estados, si así lo quisieran, pueden continuar ejercitando la jurisdicción universal al menos para los crímenes más graves. En cualquier caso, hacer uso de dicho mecanismo por medio del principio de justicia universal parte de la decisión soberana de cada Estado, y por tanto, como apunta el profesor Cassese, la decisión no resulta de una obligación que emana del derecho internacional consuetudinario en el que pudiera el Estado quedar constreñido a aplicarla por delitos cometidos fuera de sus fronteras¹⁴³⁷, pero tampoco lo prohíbe, como señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Lotus*¹⁴³⁸. En cambio, si el Estado se dispone activar su jurisdicción al respecto, ello supone que los tribunales nacionales accionen por encima de sus competencias tradicionales, porque se trata de perseguir crímenes internacionales, y como tal debe ser asumido como una cuestión de interés internacional.

Así tenemos que, para el caso que nos ocupa, es decir, de los crímenes más graves que específicamente atacan contra las personas civiles y la población civil en caso de conflicto armado interno, el principio de jurisdicción universal lo potencian algunas convenciones internacionales de especial interés y relevancia y viene determinado por el *ius cogens* internacional, lo que hace innecesarios los tipos de conexiones aludidos, quedando por tanto sometidos a justicia universal¹⁴³⁹. Son ellos las violaciones graves al

¹⁴³⁷ El autor reconoce la falsificación de la moneda nacional como la única excepción a esta regla, porque dicho delito puede traer graves consecuencias para la seguridad del Estado. Véase Cassese, Antonio, "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 3, 2003, pp. 589-595 (591).

¹⁴³⁸ CPII, The Case of the S. S. "Lotus", Collection of Judgments, September 7, 1927, p. 20.

¹⁴³⁹ Orihuela Calatayud, Esperanza, "Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad", en *Derechos Humanos: Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Consuelo Ramón Chronet (ed.), Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, Valencia, 2005, pp. 153-198 (156). Otros crímenes de naturaleza distinta pero igualmente graves y cuyo objetivo no constituye de modo específico atacar contra personas civiles y la población civil en situación de conflicto armado interno, pero que recogen el principio de extraterritorialidad y en algunos casos de universalidad véase a Orihuela Calatayud, Esperanza, "La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando los Vacíos de la Jurisdicción Territorial", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Vitoria, 2000, pp. 159-238 (229-234); Bottini, Gabriel, "Universal Jurisdiction after the Creation of the International Criminal Court", en *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 36, n. 3, 2004, pp. 503-562 (510-511); Bassiouni, M. Cherif and Wise, Edward, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, Kluwer Academic Publisher - Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht-Boston-London, 1995, pp. 11-19; Wise, Edward M., "The Obligation to Extradite or Prosecute", en *Israel Law Review*; vol. 27, ns. 1-2, 1993, pp. 268-287 (270-272).

artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*) y otras de carácter de *ius cogens* según el derecho internacional consuetudinario incorporadas en el Protocolo Adicional II como la prohibición de atacar a la población civil y sus bienes que no constituyan objetivos militares legítimos, así como la prohibición del pillaje, violación, prostitución forzada, esclavitud, toma de rehenes, castigos colectivos, etc. Del mismo modo, otros delitos graves contra el derecho internacional de los derechos humanos que podrían perpetrarse en tiempo de paz o durante el desarrollo de un conflicto armado interno por violaciones del derecho internacional humanitario, susceptibles por antonomasia de jurisdicción universal y sometidos a justicia universal como lo constituye el genocidio y los crímenes contra la humanidad según sus respectivas Convenciones.

Sin embargo, cuando la jurisdicción universal es ejercida con arreglo al principio de universalidad supone que el Estado que pretende ejercitarla actúe de modo complementario o subsidiario a los fines de evitar violación al precepto *ne bis in idem* (doble proceso penal en curso)¹⁴⁴⁰. Es así porque, tal como señalan los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, el Estado territorial deberá hacer lo posible por encontrar al acusado y someterlo a sus tribunales nacionales. De manera que cuando esa disposición no se cumple es cuando el Estado preferente o del foro podrá cederlo en extradición a otro Estado que haya formulado cargos con él. Es así que nace la obligación de juzgar o extraditar, determinada por la regla *aut dedere aut judicare* para estos crímenes¹⁴⁴¹. Regla que por igual se aplica también al crimen de genocidio y a los crímenes contra la humanidad, los cuales, al estar prohibidos con carácter de *ius cogens*, están sometidos a jurisdicción universal por el derecho internacional consuetudinario aunque se haya obviado estipularlo en los respectivos tratados o convenciones¹⁴⁴².

Por ello, para evitar abusos de poder y quedar legitimado el mecanismo de la

¹⁴⁴⁰ Orihuela Calatayud, Esperanza, “Crímenes de guerra y justicia universal...”, *loc. cit. supra* en nota 1439, p. 156; García Sánchez, Beatriz, “El Principio de Justicia en el Ordenamiento Interno e Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, extraordinario 2, 2004, pp. 243-277 (247).

¹⁴⁴¹ Véase lista de convenios que señalan esta regla en: Oppenheim, Lussa; Jennings, Robert and Watts, Arthur (edits.), *Oppenheim's International Law: Introduction and Part I*, Ninth Edition, vol. I, Routledge, London, 1992, pp. 953-954.

¹⁴⁴² Vid. Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, comentarios acerca del artículo 8 sobre establecimiento de jurisdicción, p. 32, par. 7.

jurisdicción universal debe activarse sólo cuando el Estado territorial o preferente rehúsa juzgar al presunto autor del delito tenido en su poder¹⁴⁴³, toda vez que en principio formaba el Estado de su derecho incoar acciones penales contra el presunto criminal influido por la regla aludida *aut dedere aut judicare* o a consecuencia del carácter de *ius cogens* de ciertas normas que del mismo modo da derecho a perseguir al individuo que se encuentra bajo su jurisdicción, como lo puso de manifiesto el TPIY en el caso *Anto Furundzija*¹⁴⁴⁴.

En efecto, cuando el Estado territorial se abstiene de perseguir al supuesto responsable porque no quiere o no puede, uno de los mayores problemas es hacer efectivo el principio de jurisdicción universal, toda vez que el Estado del foro tampoco está obligado a la entrega a menos que haya un tratado de extradición de por medio a esos fines. Lo más natural sería que en caso de la ausencia de un tratado sobre la materia o de haber adecuado sus leyes internas a permitir la extradición sin necesidad de un convenio específico en qué sustentarla, el Estado requerido deberá entregar a la persona pura y simplemente, porque sustraerse a ese requerimiento significa socavar, como afirma Jiménez García, las obligaciones dimanantes de la regla aludida¹⁴⁴⁵. En ese sentido, habría que confiar en la buena fe del Estado del foro en proceder a la entrega del acusado, o encausarlo¹⁴⁴⁶. Precisamente para evitar esta dicotomía los Estados están llamados a subsanar esta inacción y adecuar su legislación interna a los Convenios de Ginebra de 1949, estableciendo la jurisdicción universal para las infracciones graves, aunque es sabido que dichos Convenios tienen aplicación directa, esto es, *self-executing*¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴³ Remiro Brotons, Antonio, *El Caso Pinochet: Los límites de la impunidad*, Política Exterior/Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pp. 47 y 50.

¹⁴⁴⁴ *Prosecutor v. Anto Furundzija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1444, pp. 60-61, par. 156.

¹⁴⁴⁵ Jiménez García, Francisco, “Justicia Universal e Inmunidades Estatales...”, *loc. cit. supra* en nota 1434, pp. 63-124 (88).

¹⁴⁴⁶ En caso de que la solicitud de extradición se eleve ante un Estado diferente de la comisión del crimen, o bien ante el Estado de residencia del acusado, deberá éste proceder a la entrega, o procesarlo en virtud del principio aludido de *iudex apprehensionis*, véase Orihuela Calatayud, Esperanza, “La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando los Vacíos de la Jurisdicción Territorial”, en: *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz, 2000*, pp. 159-238 (183 y ss.).

¹⁴⁴⁷ Jiménez García, Francisco, “Justicia Universal e Inmunidades Estatales...”, *loc. cit. supra* en nota 1434, p. 94, nota al pie 71. En la lista confeccionada por Jiménez García podemos citar: Australia, Canadá, Países Bajos, Bélgica, Reino Unido, España, Dinamarca, Francia, Suiza, República Checa, Argentina, Costa Rica, Bolivia, El Salvador, etc. Sobre aplicación directa véase la misma obra del autor página 87, también Bollo Arocena, María Dolores, “Soberanía, Justicia Universal e Inmunidad...”, *loc. cit. supra* en nota 1447, pp. 101-102; Orihuela Calatayud, Esperanza, “La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando...”, *loc. cit. supra* en nota 1446, p. 196.

Por otra parte, siguiendo la línea de los conflictos armados internos, Pigrau Solé y Orihuela Calatayud¹⁴⁴⁸, enuncian algunos procesos penales en los que se han producido condenas efectivas en las últimas décadas bajo el principio de jurisdicción universal pero ejercitado en relación con algún vínculo nacional o interés específico, o bien porque el acusado se encontraba en ese momento en el Estado del foro, contra individuos acusados de cometer violaciones graves (crímenes de guerra), genocidio y crímenes contra la humanidad, en los conflictos armados internos de la antigua Yugoslavia (conflicto armado de carácter mixto) y Ruanda; dichos Estados son: Alemania¹⁴⁴⁹, Bélgica¹⁴⁵⁰, Francia¹⁴⁵¹, Países Bajos¹⁴⁵², Suiza¹⁴⁵³, Dinamarca¹⁴⁵⁴, Canadá¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁴⁸ Pigrau Solé, Antoni, *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España: La persecución del genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad por los Tribunales Nacionales*, Generalidad de Calatayud, Col·lecció Recerca Per Drets Humans, Barcelona, 2009, pp. 38-58 y Orihuela Calatayud, Esperanza, “La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando...”, *loc. cit. supra* en nota 1446, pp. 207-208, también Orihuela Calatayud, Esperanza, “Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las Jurisdicciones Nacionales”, en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Francisco Javier Quel López (Ed.), Colección Escuela Diplomática, n. 4, Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2000, pp. 237-264 y Boelaert-Suominen, Sonja, “Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflict: Is Customary Law Moving towards a Uniform Enforcement Mechanism for All Armed Conflicts?”, en *Journal of Conflict And Security Law*, vol. 5, n. 1, 2000, pp. 63-103 (89-98).

¹⁴⁴⁹ Conflicto armado en la antigua Yugoslavia: entre los casos más sonados están: Nikola Jorgic, jefe superior de un grupo armado, fue condenado por el genocidio en Bosnia-Herzegovina por la Corte Suprema Regional de Düsseldorf el 26 de septiembre de 1997; Novislav Djajic, acusado de genocidio pero condenado por crímenes de guerra el 23 de mayo de 1997 en Múnich; Maksim Sokolovic, condenado por crímenes de guerra y complicidad por genocidio el 29 de noviembre de 1999 en Düsseldorf, y Djuradj Kusljic, condenado en Baviera por genocidio.

¹⁴⁵⁰ Conflicto armado en Ruanda: contra cuatro acusados, Vincent Ntezimana (académico de la universidad de Butare), Alphonse Higaniro (político y empresario), y las monjas Consolata Mukangango y Julienne Mukabutera, el grupo fue condenado el 8 de junio de 2001 por crímenes de guerra; Etienne Nzabonimana y Samuel Ndashyikirwa (comerciantes), condenados el 28 de junio de 2005 por crímenes de guerra; también, Bernard Ntuyahaga, acusado de la muerte de varios cascos azules belgas, y condenados por ellos el 5 de julio de 2007.

¹⁴⁵¹ Conflicto armado en Bosnia-Herzegovina: En el caso *Javor*, acusado de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, después que un juez de instrucción reconociera la competencia de los tribunales franceses sobre la causa en mayo de 1994, la Corte de Apelaciones en noviembre del mismo año dictó su incompetencia a falta del inculpado en el territorio. Con el caso *Wenceslas Munyeshyaka*, de nacionalidad ruandesa, la misma Corte de Apelaciones reconoció en enero de 1998 que los tribunales franceses son incompetentes para conocer de genocidio perpetrado por extranjeros contra extranjeros. Para más detalles de éstos y otros casos consultar a la obra citada de Pigrau Solé, Antoni, *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España...*, *loc. cit. supra* nota 1448, pp. 38-58.

¹⁴⁵² Conflicto armado en Ruanda: Joseph Mpambara, condenado por tortura el 23 de marzo de 2009.

¹⁴⁵³ Conflicto armado en Ruanda: Fulgence Niyonteze, ex alcalde de la ciudad ruandesa de Mushubati, condenado por crímenes de guerra en 1994.

¹⁴⁵⁴ Conflicto armado en Ruanda: Refik Saric, condenado por crímenes de guerra el 25 de noviembre de 1994.

¹⁴⁵⁵ Conflicto armado en Ruanda: Désiré Munyaneza (comerciante), condenado por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad el 22 de mayo de 2009.

En ese tenor, algunos de estos Estados consolidaron sus leyes y se sumaron a otros estableciendo competencia universal para estos crímenes en virtud del principio de justicia universal, es decir, sin requerir elementos de conexión directa con el delito como el lugar de la comisión del crimen o la nacionalidad de la víctima o del autor. Podemos citar, siguiendo a la profesora Orihuela: Suecia, Finlandia, Países Bajos, Bélgica y la RDC¹⁴⁵⁶, también Alemania, Italia, Dinamarca y España (criterios modificados en este caso a principios de 2014)¹⁴⁵⁷.

Sin embargo, en la última década, este tema ha estado en el estadio público internacional, pues se han realizado fuertes modificaciones, es decir, se está aniquilando el ejercicio de la jurisdicción universal como consecuencia de la creciente tendencia de los Estados en esa dirección. Un ejemplo de lo señalado es Alemania, cuyo Código de Crímenes contra el Derecho Internacional preveía el ejercicio de la jurisdicción universal por medio del principio de justicia universal para todos los crímenes internacionales más graves, es decir, sin que el Estado tenga ningún vínculo con el acusado ni la víctima. Sin embargo, en junio de 2002 se introdujo una modificación que atribuía el ejercicio de la jurisdicción universal por el Fiscal sólo si el acusado se encontraba en Alemania o era previsible que la extradición hacia ese país tuviera éxito, y, por otro lado, el Fiscal podría prescindir de la investigación en aplicación del principio de oportunidad, si existe duda razonable de que un ciudadano alemán no haya cometido el crimen, no hay víctimas alemanas, el presunto responsable no reside o no se prevé su residencia en Alemania, y el asunto está siendo tratado por otro Estado competente o por un tribunal internacional¹⁴⁵⁸.

Otro ejemplo ilustrativo lo constituye Bélgica, que pasó de tener uno de los sistemas de jurisdicción universal en aplicación del principio de justicia universal más extensivos a uno limitado, en 2003, por alegada influencia de Estados Unidos¹⁴⁵⁹, modificando su

¹⁴⁵⁶ Orihuela Calatayud, Esperanza, “La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando...”, *loc. cit. supra* en nota 1446, p. 208.

¹⁴⁵⁷ Pardo Gato, José Ricardo, *La Justicia Universal*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2011, p. 39.

¹⁴⁵⁸ Véase comentarios en Ambos, Kai, “Enjuiciamiento de Crímenes Internacionales en el Nivel Nacional e Internacional: Entre Justicia y Realpolitik”, *loc. cit. supra* en nota 787, pp. 386-389. La enmienda se puede ver en: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>, fecha de consulta 18 de marzo de 2014.

¹⁴⁵⁹ Véase Human Rights Watch, “Belgium Universal Jurisdiction Law Repealed”, Augst 2, 2003, ver en <http://www.hrw.org/news/2003/08/01/belgium-universal-jurisdiction-law-repealed>, fecha de consulta 15 abril de 2014.

Ley de Jurisdicción Universal absoluta después de haberla reformado en 1993 y 1999 para ahora activarse sólo si el acusado está en Bélgica, la víctima es belga o el Estado está obligado por un tratado, al tiempo que el Fiscal tiene amplio margen para decidir si iniciar o no la investigación¹⁴⁶⁰. Canadá, por su parte, tiene una legislación similar, con los requisitos de que el acusado sea ciudadano del Estado involucrado en el conflicto armado con Canadá, la víctima sea canadiense o del Estado involucrado y el acusado esté en ese país al momento de la acusación¹⁴⁶¹, mientras que Francia y Dinamarca exigen la presencia del acusado en el territorio para procesarlo¹⁴⁶², del mismo modo que Estados Unidos, quien además exige que el responsable sea ciudadano suyo, tanto para el genocidio como para los crímenes de guerra, y respecto al terrorismo si entre las víctimas hay nacionales suyos; y en cuanto a la tortura, existe una ley de 1994 que castiga la tortura perpetrada por agentes oficiales en el extranjero, sin que todavía se conozca al menos un caso en el que se haya aplicado¹⁴⁶³.

Asimismo, tenemos el caso de España, que mediante la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, modifica los criterios para el ejercicio de la jurisdicción universal - como tendremos la oportunidad de señalar -, limitando la antigua Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, de 1 de julio. En efecto, esta Ley Orgánica 6/1985 en su artículo 23.4 permitía el ejercicio de la jurisdicción universal para el genocidio y para los crímenes de guerra deducidos de las convenciones internacionales y tratados suscritos por España, bajo los principios de personalidad activa y justicia universal, principalmente los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

A raíz de su penúltima modificación con arreglo a la Ley 1/2009, de 3 de noviembre, el artículo 23.4, por un lado, incluyó por vez primera de forma expresa los crímenes contra la humanidad, y, por otro lado, supuso una adecuación procesal a la jurisprudencia del

¹⁴⁶⁰ Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, University Utrecht, The Netherlands, 2003, p. 93, también Vandersmeersch, Damien, "Prosecuting International Crimes in Belgium", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 2, 2005, pp. 400-421.

¹⁴⁶¹ Vid. Bassiouni, M. Cherif, *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2014, p. 461.

¹⁴⁶² Caso Javor en Francia y caso Saric en Dinamarca. Véase comentarios en Bourdon, William, "Prosecuting the Perpetrators of International Crimes: What Role May Defense Counsel Play?", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 2, 2005, pp. 434-446 (435 y ss.); Ollé Sesé, Manuel, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Temas, Universidad de Nebrija, 2008, pp. 372 y 469.

¹⁴⁶³ Caso Javor en Francia y caso Saric en Dinamarca. Véase comentarios en Bourdon, William, *idem*, pp. 435 y ss.; Ollé Sesé, Manuel, *idem*, pp. 372 y 469.

Tribunal Supremo, según la cual el ejercicio de la jurisdicción universal solo podría ser ponderado por los tribunales españoles bajo uno de siguientes supuestos: a) que el presunto responsable se encontrara en España, b) que existieran víctimas de nacionalidad española, c) que se constatará algún vínculo relevante con España, y c) que no se hubiera iniciado una investigación o persecución efectiva al respecto por otro país competente o tribunal internacional. En ese sentido, la posible causa seguida por esos crímenes contra los acusados fueran españoles o extranjeros sin importar el lugar de su residencia, quedaba afectada a la posible extradición concedida por las autoridades donde estuviera la persona al momento de librarse la orden de detención y entrega.

En cambio, con la nueva Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, aparecen por vez primera las tres categorías de crímenes internacionales más graves de forma explícita: crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, estos últimos por delitos cometidos contra personas o bienes protegidos durante un conflicto armado. Si bien la competencia de los tribunales españoles con arreglo al principio de personalidad activa continúa vigente (nacionalidad del autor), al menos para el caso del extranjero acusado en España, el ejercicio de la jurisdicción universal sólo será posible si el mismo se encontrara en España, y para cuyo caso la extradición haya sido denegada, es decir, se trata de aplicar el principio *iudex apprehensionis* en esos casos¹⁴⁶⁴.

Asimismo, en lo que respecta a los extranjeros residentes, también se estableció la persecución sobre la base del ejercicio de jurisdicción universal, ya que éstos no se consideran ciudadanos del Estado del foro, por lo que en este caso el principio de personalidad activa operaría de modo supletorio al aplicársele a un extranjero. El establecimiento por igual cobra sentido en cuanto a que muchos de estos crímenes no son perseguidos con el mismo interés y entusiasmo que en sus respectivos Estados de nacionalidad¹⁴⁶⁵. Del mismo modo, para los casos específicos de tortura, delito omitido en la legislación anterior, pero que tenía su base en los tratados suscritos por España y *el ius cogens* internacional, se introducen los principios de personalidad activa (nacionalidad española del acusado) y pasiva (que la víctima sea española), por lo que

¹⁴⁶⁴ Remiro Brotons, Antonio, “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, en *Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Consuelo Ramón Chornet (edit.), Cruz Roja Española (Oficina Provincial de Valencia) y Cinc Segles, Universitat de València, Valencia, 2001, pp. 105-124 (107).

¹⁴⁶⁵ Chehtman, Alejandro, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2010, p. 66.

darle curso a la acusación dependerá de si el autor del crimen se encontrara en España.

En relación a lo anterior, lo que reconoce la nueva Ley, por un lado, es el derecho, prioridad y responsabilidad que tiene el Estado territorial de someter ante la justicia a los acusados de esos crímenes, como de hecho destaca el ECPI al establecer la complementariedad con las jurisdicciones nacionales, actuando sólo en caso de que el Estado territorial no quiera o no pueda llevar a cabo una investigación, pero por otro lado, condicionar la presencia en territorio español del supuesto acusado - que no parece ser exigida para los crímenes de guerra tal como está redactada la obligación en los Convenios de Ginebra de 1949 cuando habla de “buscar a las personas acusadas”¹⁴⁶⁶, - podría interpretarse como una limitación conducente a establecer una justicia universal territorial y supletoria la cual es contraria a la persecución bajo el principio de justicia universal del crimen de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que provienen de la existencia de un derecho internacional convencional y consuetudinario que castiga y promueve su persecución sin tomar en cuenta criterios restrictivos¹⁴⁶⁷.

En cualquier caso, como se pudo observar en los Estados señalados y España, plantearse el ejercicio de la jurisdicción universal no está en duda, aunque sí condicionado a varias circunstancias, en suma, que el acusado se encuentre en el Estado que pretende ejercitarla, o bien por la nacionalidad de la víctima o del acusado. Uno de los motivos principales de todo ello es tener un interés específico y evitar juicios *in absentia* (en rebeldía), como una forma de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva y con ello

¹⁴⁶⁶ Sin embargo, el comentario de Pictet trae confusión cuando dice que “As soon as a Contracting Party realizes that there is on its territory a person who has committed such a breach, its duty is to ensure that the person concerned is arrested and prosecuted with all speed”, es decir, tan pronto como la Parte Contratante se da cuenta de que hay en su territorio una persona que ha cometido una infracción grave (...). Vid. Pictet, Jean, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 593.

¹⁴⁶⁷ Se consideran criterios restrictivos de acuerdo a como ha quedado configurada la reforma aquéllos que amparan ejercitar la jurisdicción universal si el acusado se encuentra en el territorio del Estado que pretende procesarlo; que el inicio del proceso penal contra un acusado dependa de si la solicitud de extradición ha sido denegada por las autoridades del Estado donde se encuentra el acusado, de manera que si no se realiza ninguna solicitud de extradición la persona podría quedar impune; el posible inicio de la acción penal está sujeta a que la víctima o el perpetrador tenga la nacionalidad del Estado que persigue (principio de personalidad pasiva y activa, respectivamente). Ver Martínez Alcañiz, Abraham, *El Principio de Justicia Universal y los Crímenes de Guerra*, tesis doctoral dirigida por José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, con la codirección de Alicia Gil Gil. Tesis doctoral inédita, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Departamento de Derecho Penal y Criminología, Madrid, 2014, pp. 617-620.

procurar un juicio justo en todas las circunstancias del proceso¹⁴⁶⁸, exigencia que podemos apreciar inclusive en el principio 1 de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal¹⁴⁶⁹.

Como consecuencia, la modificación última significó el fin de la aplicación del principio de la justicia universal absoluta al anteponer el ejercicio o uso de la jurisdicción universal a ciertas restricciones o vinculación con el Estado español, pero es necesario subrayar que es la tendencia actual en el orden internacional que sobrevive de la experiencia del caso *Israel contra Eichmann*, bajo el mismo principio (en este caso el de personalidad pasiva)¹⁴⁷⁰, y que ahora tiene su origen en el Estatuto de Roma, pues los Estados buscan la forma de hacerlo compatible con sus principios, que en esencia otorga preferencia a las jurisdicciones nacionales del *locus delicti*.

No obstante, se cree que esta modificación contraviene tratados y convenciones internacionales suscritos por España (como los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I) en tanto que condiciona el ejercicio de la jurisdicción universal, para la que los instrumentos citados no contemplan ningún requerimiento de conexión, sino que establecen una jurisdicción universal concurrente o alternativa, no subsidiaria¹⁴⁷¹. En nuestra opinión la nueva ley tan sólo restringe el uso del principio de jurisdicción universal al establecer presupuestos de conexión directa con el delito que legitimen su accionar, y por otro lado contar con la presencia del inculpado en territorio

¹⁴⁶⁸ Yee, Sienho, "Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality", en *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, n. 3, 2011, pp. 503-530 (528). Sobre la discusión del la jurisdicción universal *in absentia* véase Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law...*, *loc. cit. supra* en nota 1460, p. 147; Kress, Claus, "Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 3, 2006, pp. 561-585 (576-579) y O'Keefe, Roger, "Universal Jurisdiction Clarifying the Basic Concept", *loc. cit. supra* en nota 1434, pp. 747-752; Bradley, Curtis A., "Universal Jurisdiction and U. S. Law", en *University of Chicago Legal Forum*, 2001, pp. 323-350 (327-328).

¹⁴⁶⁹ Proyecto de la Universidad de Princeton sobre Jurisdicción Universal, 27 de enero de 2001, véase en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.htm>, fecha de consulta 15 de febrero de 2014.

¹⁴⁷⁰ Bassiouni, M. Cherif, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historial Perspectives...", *loc. cit. supra* en nota 1434, p. 137.

¹⁴⁷¹ Martínez Alcañiz, Abraham, *El Principio de Justicia Universal y los Crímenes de Guerra*, *loc. cit. supra* en nota 1467, p. 21; Ollé Sesé, Manuel, "La Reforma del Principio de Justicia Universal", en Abogacía Española, Consejo General, 27 de febrero de 2014, en <http://www.abogacia.es/2014/02/27/la-reforma-del-principio-de-justicia-universal/>, fecha de Consulta 26 de febrero de 2015, también Ollé Sesé, Manuel, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, *loc. cit. supra* en nota 1471, p. 383. En sentido a favor de cierta limitación véase Jaén Vallejo, Manuel, "Justicia Universal: Hacia una regulación más razonable de este principio", en *El Derecho*, Grupo Francis Lefebvre, 14 de febrero de 2014, en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/justicia_universal-corte_penal_internacional-aplicacion_e_xtrateritorial_de_la_justicia_penal-Jurisdiccion-universal-regulacion-razonable-principio_11_644680002.html, fecha de consulta 26 de febrero de 2015.

español. Respetuosamente diferimos de una posición en contrario, porque la ley es clara, España sigue siendo competente para perseguir los crímenes a los que estamos haciendo referencia sin importar la nacionalidad de la víctima ni del perpetrador, la única condición nueva establecida es que el extranjero acusado se encuentre en España, para lo que debería quedar comprometida a juzgar o extraditar.

Pese a ello, en general esta nueva orientación puede ser definida como un paso negativo en la búsqueda universal de contribuir a paliar la impunidad. Pero, en nuestra opinión, es el resultado de un mal congénito que la comunidad internacional no ha podido controlar a pesar de su esfuerzo con la fundación de la CPI; y es que la jurisdicción universal bajo el principio de justicia universal crea conflictos de jurisdicciones, situación que los Estados hoy quieren evitar, como lo sucedido con el afamado caso *Pinochet*, quien estaba siendo perseguido por varios Estados al mismo tiempo por motivos diferentes¹⁴⁷².

¹⁴⁷² El caso Pinochet Ugarte es uno de los más renombrados de la justicia universal debido a que en España, la Audiencia Nacional atribuyó su competencia *in absentia* y sin tomar en cuenta ninguna conexión del crimen con la nacionalidad del acusado, de la víctima o del lugar de los hechos, ello a pesar de que durante la dictadura del ex presidente hubo centenares de víctimas de nacionalidad española; mientras que los demás Estados interesados sí basaban su competencia tomando en cuenta un interés legítimo. La repercusión internacional del caso tuvo su origen cuando el 16 de octubre de 1998 el juez Baltasar Garzón del Juzgado Central Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional emitió una orden de detención ante las autoridades del Reino Unido contra el general y senador chileno vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, por haber cometido, cuando era jefe de Estado y de las Fuerzas Armadas chilenas, genocidio, terrorismo y torturas contra personas de distintas nacionalidades, incluyendo españolas, pero sin fundamentar la causa en base a esas últimas víctimas, por tanto, se pretendió ejercer competencia universal bajo el principio de universalidad o de persecución universal establecida en el citado artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por los alegados crímenes cometidos durante la dictadura militar que azoló a Chile entre 1976 y 1983. Durante su estadía en Londres, los tribunales del Reino Unido resolvieron dos cuestiones preliminares: a) sobre la inmunidad de jurisdicción penal de un ex jefe de Estado, que según el derecho internacional consuetudinario únicamente es posible mientras perdure en el cargo, no cuando ha dejado de serlo, en todo caso, fue acogida como válida el 28 de octubre de 1998 por el Tribunal Supremo, y revocada por el Comité Judicial de la Cámara de los Lores el 25 de noviembre de 1998, dictaminando que Pinochet no tenía inmunidad, decisión confirmada el 24 de marzo de 1999 por el mismo Comité tras haberse elevado una recusación contra un juez, b) la segunda cuestión trató sobre la doble criminalidad, es decir, si los hechos imputados en España lo eran también en el Reino Unido, en ese sentido, en un primer momento el Ministro del Interior Jack Straw y el Secretario de Estado rechazaron los cargos de terrorismo y genocidio, y puesto que según la Ley de Extradición de 1989, ambos delitos no eran susceptibles de extradición, por tanto, el 24 de marzo el Comité Judicial de la Cámara de los Lores acuerda la continuación del proceso solamente por los cargos de tortura y conspiración para torturar a partir de 29 de septiembre de 1988, fecha en que se aprobó la Criminal Justice Act por la que entraba en vigor la Convención contra la Tortura en Reino Unido, de manera que el 8 de octubre de 1998 el Tribunal asignado de Bow Street finalmente autorizó la extradición, considerando que en virtud del derecho internacional consuetudinario la conducta ya era punible, pero el Ministro del Interior por razones médicas declina permitirle, por lo que al poco tiempo el acusado regresa a Chile, donde se realizaron varios intentos para juzgarlo, pero falleció el 10 de diciembre de 2006. Véase al respecto Remiro Brotons, Antonio, *El Caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000; García Arán, Mercedes y López Garrido, Diego, *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: El Caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Montoya, Roberto y Pereyra, Daniel, *El*

Además, como ya se dijo, ningún Estado está obligado a perseguir individuos por crímenes cometidos fuera de sus fronteras nacionales, pero este tema sigue siendo polémico, pues una posición firme como esa, podría suponer un atentado contra la obligación moral de proteger, en el sentido de asegurarse de la rendición de cuentas de los responsables ante la justicia por la comisión los crímenes más graves de trascendencia internacional, de ahí la pretensión de la CDI durante la negociación del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad en procurar que los Estados adapten su jurisdicción para permitirse juzgar al presunto culpable de los crímenes objeto de estudios bajo la regla del *iudex apprehensionis*¹⁴⁷³.

Pero, como es sabido, muchos Estados dan cobijo a los presuntos responsables de los crímenes más atroces, incluyendo el Estado territorial. Por ello es que la nueva Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, sea vista contraria a la justicia universal, porque trata de obligar a los jueces españoles a regirse por los criterios restrictivos establecidos que la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo había puesto de manifiesto también en el caso de *Rigoberta Menchú* (caso *Guatemala*)¹⁴⁷⁴, es decir, que haya un interés

caso Pinochet y la impunidad en América Latina, Editorial Pandemia, Argentina, 2000; Brody, Reed, "The Case of Augusto Pinochet", en *The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Reed Brody and Michael Ratner (eds), Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2000, pp. 7-23; Blakesley, Christopher L., "Autumn of the Patriarch: The Pinochet Extradition Debacle and Beyond Human Rights Clauses Compared to Traditional Derivative Protections Such as Double Criminality", en: *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 91, n. 1, 2000, pp. 1-98; Bradley, Curtis A. and L. Goldsmith, Jack, "Pinochet and International Human Rights Litigation", *Michigan Law Review*, vol. 97, n. 7, 1999, pp. 2129-2184; Bianchi, Andrea, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 237-277, y Roht-Arriaza, Naomi, "The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction", en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 311-319.

¹⁴⁷³ Vid. Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión..., *loc. cit. supra* en nota 492, comentarios acerca del artículo 8 sobre establecimiento de jurisdicción, pp. 30-33.

¹⁴⁷⁴ Con el caso Rigoberta Menchú Tum, también *in absentia*, los tribunales españoles pudieron hacer efectivo el principio de jurisdicción universal por primera vez tras el frustrado intento contra Augusto Pinochet Ugarte. Tuvo su origen cuando la susodicha, la guatemalteca, líder indígena, activista por los derechos humanos y premio noble de la paz en 1992, interpuso el 2 de diciembre de 1999 una denuncia acompañada de varias organizaciones ante el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional contra los generales Afraín Díaz Montti y Óscar Humberto Mejía, bajo el supuesto de haber cometido genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal contra indígenas de Guatemala, además de las muertes provocadas por el asalto a la Embajada de España en 1980, de cuyas víctimas habían sacerdotes españoles, todo ello durante el conflicto armado de larga duración presente en Guatemala desde 1960 hasta 1996, registrándose los hechos más importantes entre 1978 y 1986; el conflicto en total dejó saldo aproximado 200.000 víctimas incluyendo 45.000 desaparecidos, un millón de desplazados internos, 600 masacres y destrucción de propiedades a gran escala, según datos de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (1999). Ante las pretensiones de la Fiscalía de declarar la incompetencia de los tribunales españoles por la falta de presupuestos que llevaran a la conclusión la perpetración del delito de genocidio, el juez Guillermo Polanco la rechazó mediante Auto del 27 de marzo del 2000, entre otras cuestiones porque de acuerdo a las informaciones presentadas, se podía llegar a la conclusión que se pretendió

específico de España para perseguir el crimen relacionado a una conexión entre la víctima o el imputado, o bien que este último se encontrare en España como sucedió en el caso *Scilingo*¹⁴⁷⁵.

cometer genocidio contra el pueblo maya. La Fiscalía apeló nuevamente con un recurso de reforma, pero también sus argumentos fueron rechazados mediante Auto de 27 de abril del mismo año. El caso continuó con un recurso de apelación por la Fiscalía ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que estimó sus argumentos el 13 de diciembre al no quedar probado la existencia de inactividad de la justicia guatemalteca al respecto, solicitando por tanto archivar la causa. Sin embargo, las partes demandantes recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo, quien el 25 de febrero de 2003 dictó sentencia, que entre otros puntos critica la decisión anterior del Pleno de evaluar la inactividad de los órganos judiciales de Guatemala, asunto que compete al gobierno de España por medio de su política exterior, además de señalar que se pretenda ejercer la subsidiariedad de los tribunales españoles sin que existan elementos de conexión que vinculen los hechos con intereses nacionales, por lo que propugna por limitar el principio de jurisdicción universal, y se ejercite solamente si España tiene algún vínculo o conexión con las víctimas o el acusado o cuando un tratado lo disponga, en razón de evitar interferencias entre dicho principio y otros de derecho internacional público. Por tanto, el Tribunal Supremo acogió el recurso parcialmente y sólo en relación a las víctimas españolas. Como es sabido, la decisión fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien el 26 de septiembre de 2005, mediante sentencia, reprochó que los jueces se hayan apartado del principio de justicia universal, de convertir el exigencia de vínculos o conexión de un modo tan restrictivo, que pretenda derogar el principio de justicia universal en la práctica, y, contrariamente a la sentencia objeto de recurso, reconoce la existencia de fuertes vínculos, en apoya de las partes demandantes que alegaban elementos culturales, lingüísticos, históricos, jurídicos, y como no, el asalto citado a la Embajada Española. Por consiguiente, el Tribunal concluye que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva de las partes demandantes (artículo 24.1 Constitución Española), y en consecuencia anula el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional y la sentencia del Tribunal Supremo enunciados. A continuación, el juez de la Audiencia Nacional reabrió el caso en 2006, realizó varias visitas a Guatemala, interrogó a varios presuntos responsables de genocidio, pero la osadía de los acusados de evadir la justicia le llevó a dictar orden internacional de detención y captura contra siete personas, uno fue arrestado, y tras un proceso largo ante la Corte Constitucional de Guatemala fue dejado en libertad, pues dicha Corte consideró que los tribunales españoles no tienen jurisdicción para encausar a ciudadanos guatemaltecos, y, mientras el caso seguía abierto en España, el 10 de mayo de 2013 el Tribunal Primero A de Mayor Riesgo de Guatemala encontró culpable de genocidio a Ríos Montt y delitos contra los deberes de la humanidad, en tanto que otros fueron absueltos. Véase Roht-Arriaza, Naomi, “Universal Jurisdiction - Spain - Extraterritorial Jurisdiction – Genocide - 1948 Genocide Convention Construed - Crimes against Humanity – Guatemala”, en *AJIL*, vol. 100, n. 1, 2006, pp. 207-213; Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National...*, *loc. cit. supra* en nota 1460, p.p 89-90; Scott, Paul ‘Woody’, “The Guatemala Genocide Cases: Universal Jurisdiction and Its Limits”, en *Chi-Kent Journal International & Comparay Law*, vol. 9, n. 1, 2009, pp. 100-129; Gil Gil, Alicia, “Jurisdicción de los Tribunales Españoles sobre Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 87, 2006, pp. 55-88 (59-61); Azorín, Jaime Tomás, “Derechos Humanos en Guatemala: Un Compromiso con la Jurisdicción Universal”, en *Cuadernos Internacionales de Formación Sindica – Confederación Sindical de Comisiones Obreras*, febrero 2009, ver en http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/pub10105_N_91._Derechos_humanos_en_Guatemala_un_compromiso_con_la_justicia_universal.pdf, fecha de consulta 15 de marzo de 2015; Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), “Genocidio en Guatemala: Ríos Montt Culpable”, septiembre de 2013, ver en http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_guatemala613es_p2013.pdf, fecha de consulta 24 febrero de 2014; Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 en [http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/0/6cdd72aea4c2fc4ac1257102003b836b/\\$FILE/Case%20Law%20-%20Spain%20-%20Rigobe_rta%20Menchu.pdf](http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/0/6cdd72aea4c2fc4ac1257102003b836b/$FILE/Case%20Law%20-%20Spain%20-%20Rigobe_rta%20Menchu.pdf), fecha de consulta 24 de febrero de 2014.

¹⁴⁷⁵ El caso *Scilingo* es otro de particular controversia, ya que la Audiencia Nacional modificó los tipos penales por los que se acusaba al inculpado (genocidio y terrorismo) por el de crímenes contra la humanidad, forzando a una posible violación del principio de legalidad y de la irretroactividad de la ley penal (*nullum crimen sine iure*), ello debido a que el tipo penal crímenes contra la humanidad no figuraba en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, precisamente donde se recoge el principio de justicia universal, fundamento para enjuiciar a *Scilingo*. En todo caso, es discutible, pues si bien es cierto que la tipificación de los crímenes contra la humanidad fue incluida recientemente en el Código Penal

Por tanto, se podría concluir que la reciente modificación de los criterios a tomar en cuenta para que los jueces españoles puedan activar el principio de jurisdicción universal, en cierto sentido favorece que los presuntos autores de los crímenes horrendos que lesionan a la comunidad internacional en su conjunto queden impunes. Pero no se puede negar que esta es una situación que escapa al control estatal en tanto que hay presiones e intereses económicos y políticos de por medio, y a ello se suma que el ejercicio de la jurisdicción universal tampoco es absoluto, por lo que habría que replantearlo.

Español en virtud de la Ley 15/2003, de 25 de noviembre (artículo 607 bis del Código Penal), de implementación del Estatuto de Roma, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, los mismos ya quedaban afectados a la persecución universal mediante el principio de justicia universal y a la imprescriptibilidad de los mismos, posiblemente en el apartado h), es decir, lo relativo a tratados y convenios internacionales ratificados por España. El señor Adolfo Francisco Scilingo, ciudadano argentino, fue un militar de la Marina de Guerra de su país, quien tras denuncias presentadas en 1997 ante la Audiencia Nacional de Madrid, fue acusado por el juez instructor del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Baltasar Garzón, por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos entre 1976 y 1977, es decir, al comienzo de la dictadura militar en Argentina que se extendió desde el golpe de Estado del 24 de febrero de 1976 hasta 1983. Tras la denuncia, el susodicho acudió ante el juez a prestar declaraciones y de inmediato se libró orden de detención en su contra. El 16 de julio de 2001 el Tribunal Constitucional, en razón de un recurso de amparo interpuesto por el acusado, se desestimó dicha orden, pero más tarde, el 31 de julio de ese mismo año, el juez Baltasar ordenó su puesta en prisión provisional incondicional. Después de varios procesos en fase de instrucción y de confirmación de cargos el Tribunal Supremo en su sentencia 1362/2004, de 15 de noviembre, confirma la competencia de los tribunales españoles sobre el caso. Sin embargo, en un hecho sin precedentes, la Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a pesar de ver correcto el cargo de genocidio para el tiempo en que fue consumado, concluyó, que en el “*momento actual, los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el artículo 607 del Código Penal*”, todo ello como una forma de respetar el *mens rea*, es decir, la intención específica de destruir total o parcial a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, según se ha puesto de manifiesto en temas anteriores, y siendo los hechos cometidos contra individuos mayoritariamente políticos y opositores, difícilmente encuentra sustento en el injusto genocidio; por tanto, en los supuestos de genocidio y el terrorismo, entiende que según las pruebas e informaciones soportadas, éste se encuentra subsumido por el tipo penal de crímenes contra la humanidad (artículo 607 bis del Código Penal), puesto que los cargos contra el acusado contienen hechos y elementos que van más allá de lo injusto para el delito primario, es decir, para el terrorismo. Véase Sentencia 16/2005, del 19 de abril de 2005, de la Sala de lo Penal de la Tercera Sección, pp. 41, 43-44 y ss, en: http://www.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/coop_judicial/documentos/jpi/JPI-II-01.pdf, fecha de consulta 30 de enero de 2014. Para un estudio sobre el principio de legalidad, la extraterritorialidad de la ley penal y del principio de justicia universal aplicado al caso Scilingo véase Mendoza Calderón, Silvia, “La Aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España Bajo el Principio de Justicia Universal y los Conflictos Derivados del Principio de Legalidad: El Caso Scilingo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 431-507; Mendoza Calderón, Silvia, “La Reciente Aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España: El Caso Scilingo”, en *Revista de Estudios de Justicia*, n. 6, 2005, pp. 85-113; Gil Gil, Alicia, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7, mayo 2005, pp. 1-18; Ollé Sesé, Manuel, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, loc. cit. supra en nota 1462, pp. 317-321; Capellà i Roig, Margalida, “Los Crímenes contra la Humanidad en el Caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org), 2005, pp. 1-13; Tomuschat, Christian, “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 5, 2005, pp. 1074-1081.

Las lamentables consecuencias inmediatas de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, no se han hecho esperar, y es que por citar tan solo dos de los principales procesos abiertos ante la Audiencia Nacional, fue archivado el lunes 24 de junio, al no contarse con la presencia de los presuntos culpables en territorio español, el caso *Tibet*, en el que se alega la comisión de genocidio, persecución y torturas entre 1980 y 1990 por antiguos ex altos cargos chinos, entre los que figuran el ex presidente Jiang Zemin, el ex primer ministro Li Ping y otros cinco oficiales y militares (la causa se encontraba abierta desde el 10 de enero de 2006 cuando la Sala de lo Penal dictó su competencia)¹⁴⁷⁶, y el caso *Couso*, (se prevé su archivo prontamente) que persigue crímenes de guerra cometidos por soldados estadounidenses en la Guerra de Irak (2003), por la muerte de José Couso Permuy, periodista de la cadena Telecinco, mediante un ataque contra el Hotel Palestine el 8 de abril de 2003 en Bagdad mientras filmaba los hechos (la causa está abierta desde el 5 de diciembre de 2006, por orden del Tribunal Supremo, contra el archivo dispuesto por la Audiencia Nacional en marzo del mismo año por alegada falta de jurisdicción de los tribunales españoles)¹⁴⁷⁷.

En definitiva, creemos que para hacer un uso efectivo de la jurisdicción universal bajo el principio de universalidad, no habría que suprimir este último, sino mirar hacia el porvenir buscando el modo de replantear su alcance y límites. Un Estado justiciero haría mucho por las víctimas y la comunidad internacional si en aplicación del principio procurara perseguir a presuntos responsables de crímenes internacionales graves que se producen hoy día más que hacer lo mismo abriendo heridas del pasado, sobre todo en países con estabilidad democrática y un sistema judicial aparentemente viable¹⁴⁷⁸, que España ignora completamente al abrir causas contra ciudadanos latinoamericanos, mientras sumió en la impunidad a los suyos durante el franquismo.

¹⁴⁷⁶ Bakker, Christine A. E., “Universal Jurisdiction of Spanish Courts over Genocide in Tibet: Can it Work?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 3, 2006, pp. 595-601.

¹⁴⁷⁷ McCormack, Tin, “A Guide to State Practice in the Field of International Humanitarian Law”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, T.M.C. Asser Press, Springer, The Hague, vol. 13, 2010, pp. 449-562 (592-594).

¹⁴⁷⁸ Méndez, Juan E., “Reconciliación Nacional, Justicia Transnacional y el Tribunal Penal Internacional”, en *Anuario da Facultade de Dereito*, n. 6, 2002, pp. 473-489 (475).

II. La cuestión de la doble incriminación: violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos

Como se ha podido observar, tras la Segunda Posguerra el proceso de humanización que ha estado experimentando el derecho internacional ha repercutido en la formación e implementación de normas y mecanismos que conduzcan a perseguir a los principales responsables de cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos durante la conducción de las hostilidades. Así tenemos que dos cuerpos de derecho que difieren en la forma pero en el fondo persiguen un mismo objetivo, es decir, la protección de la dignidad y la integridad de la persona humana¹⁴⁷⁹ así como sus bienes, aunque desde perspectivas diferentes, se apliquen al mismo tiempo logrando cierta armonía¹⁴⁸⁰, pues, como afirma Rodríguez-Villasante, mientras el derecho internacional humanitario impone la responsabilidad penal individual cuando se cometen violaciones graves durante los conflictos armados, el derecho internacional de los derechos humanos por su parte regula el uso de la fuerza¹⁴⁸¹ tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra.

En efecto, hoy día en un conflicto armado se puede acusar a los miembros de las Partes contendientes de cometer crímenes de guerra de acuerdo a lo expresado en las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra de 1949, de sus Protocolos Adicionales de 1977 y del antiguo derecho de La Haya; pero también podemos hablar de situaciones en que las violaciones del derecho internacional humanitario derivan en

¹⁴⁷⁹ Byron, Christine, “A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 47, n. 4, 2007, pp. 839-896 (848), también Díaz Muller, Luis T., “El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos: Un Enfoque Latinoamericano”, en *La Rebelión en Chiapas y el Derecho*, Mario Melgar Adalid, José Francisco Ruiz Massieu y José Luis Soberanes Fernández (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1994, pp. 73-91 (74).

¹⁴⁸⁰ No es en cambio la opinión compartida por Estados Unidos e Israel, quienes creen que los derechos humanos no pueden aplicarse durante un conflicto armado. Respecto a la posición de Estados Unidos véase Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, Eighty-Seventh Session of the UN Human Rights Committee (HRC), Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights: Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America, 18 December 2006, en: <http://www.refworld.org/docid/45c30bec9.html>, fecha de consulta 20 de marzo de 2014, y en relación a Israel véase Doc. A/ES-10/248, of the UN, Summary Legal Position of the Government of Israel in the Report of the Secretary-General Prepared Pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13, Annex I, 24 November 2003, on Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, en: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/A5A017029C05606B85256DEC00626057>, fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

¹⁴⁸¹ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Asesinatos Selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales: La Protección de la Vida en los Conflictos Armados, a la Luz del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”, pp. 1-76 (15-16), ver en: http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/1_4/1_4.pdf, fecha de consulta 17 de marzo de 2014.

perpetración de genocidio y crímenes contra la humanidad inclusive durante el desarrollo de las hostilidades. Pero tanto el genocidio como los crímenes contra la humanidad son el reflejo de violaciones graves de normas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos aplicadas en la guerra.

Por ello, la CIJ ha sido persistente en afirmar el uso de ambos derechos¹⁴⁸², aunque durante un conflicto armado las violaciones de los derechos humanos son subsumidas por las violaciones del derecho internacional humanitario como *lex specialis* aplicada durante la guerra. Es en ese sentido que las normas que corresponden a los derechos humanos pueden servir de guía para aplicar e interpretar el derecho internacional humanitario. Así como lo han hecho la Comisión IDH y la Corte IDH¹⁴⁸³, marco de

¹⁴⁸² En ese sentido, la CIJ ha adelantado que pese a la homogeneidad existente en la aplicación simultánea de ambos derechos, el derecho internacional de los derechos humanos solo tiene cabida a título complementario porque el derecho internacional humanitario es la *lex specialis* que se debe aplicar en estas situaciones. Vid. al respecto CIJ, Advisory Opinion, Legality of the Threat..., *loc. cit. supra* en nota 43, p. 240, pars. 25-25; Advisory Opinion, Legal Consequences of the Construction of the Wall..., *loc. cit. supra* en nota 43, pp. 45-46 (178), pars. 102-105.

¹⁴⁸³ En el Caso *La Tablada (Juan Carlos Abella v. Argentina)*, 18 de noviembre de 1997, la Comisión IDH dictaminó que tenía competencia para conocer del derecho internacional humanitario con la intención de interpretar disposiciones referentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos bajo el entendido de que ambos derechos (el derecho humanitario y los derechos humanos) convergen y se refuerzan recíprocamente, prohibiendo casi siempre los mismos delitos, (par. 157-171). Por su parte, la Corte IDH en *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, 25 de noviembre de 2000, afirma que si bien no le ha sido conferida la competencia para declarar que un Estado ha violado otros instrumentos internacionales, en particular los Convenios de Ginebra de 1949, y su especial el artículo 3 común, sí puede observar que ciertos actos u omisiones violan los derechos humanos, respecto de los tratados que considere aplicar (pars. 208-209); y en el asunto *Las Palmeras v. Colombia*, de 6 de diciembre de 2001, la Corte concluye que el artículo 1 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra paralelo a otros tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (par. 9). Otros casos conocidos por la Comisión en la que solicita la aplicación de la Convención a la luz de disposiciones varias del derecho internacional humanitario son: *Disabled Peoples' International et al. v. The United States*, Application No 9213 22 September 1987, por el bombardeo del Hospital Psiquiátrico Richmond Hill Insane Asylum, el 24 de octubre de 1983, durante la intervención armada estadounidense en Granada, en la que resultaron muertas 16 personas y otros tantos heridos; los demandantes alegan violación del derecho a la vida, la libertad y seguridad de las personas, protegidos por la Carta de la OEA, y por los Convenios de Ginebra de 1949. Cabe destacar que Estados Unidos no es Miembro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero los denunciantes alegaban violación de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la que sí es Miembro, sobre la admisibilidad del caso véase: <http://www.wcl.american.edu/humright/digest/1986/app9213.cfm>, fecha de consulta 16 de marzo de 2014; otro caso relacionado con el mismo conflicto armado y de ocupación es el asunto *Coard y otros v. Estados Unidos* (10.951), Informe n. 109/99, 29 de septiembre de 1999, sobre la acusación de tortura y confinamiento, violación a un juicio justo e imparcial, a la libertad y la seguridad personal, detención arbitraria, igualdad ante la ley, etc. La Comisión señala que los dos sistemas, es decir, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, se superponen el uno al otro, y que la aplicación de uno no excluye tampoco al otro, puesto que ambos contienen un “núcleo de derechos inderogables y propósito común de proteger la vida y la dignidad humana” (par. 39), ver en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=502a398b2>, fecha de consulta 16 de marzo de 2014. Para otros casos de especial interés incluyendo el de Guantánamo ante la Comisión véase: Pérez González, Manuel, “La Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Conflicto: El Parámetro del Derecho Internacional Humanitario”, en *Foro, Nueva época*, n. 4/2006, pp.

referencia en esta materia, y no menos importante, el TEDH que aplicó la Convención Europea de Derechos Humanos en el conflicto armado interno checheno¹⁴⁸⁴, mientras el Comité de Derechos Humanos hizo lo propio en el conocido caso Guerrero v. Colombia¹⁴⁸⁵.

Sin embargo, dadas las especificidades de los conflictos armados internos actuales, estamos observando que las normas fundamentales de los derechos humanos se están violando a mayor ritmo que las que corresponden al derecho internacional humanitario que resultan en crímenes de guerra, y lo son reiteradamente en la forma de crímenes contra la humanidad¹⁴⁸⁶. Piénsese por ejemplo que el derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario prohíbe atacar por cualquier medio a la población civil y a las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades, pudiendo las violaciones a esa prohibición constituir crímenes de guerra del tipo penal de asesinato, exterminio, tortura, esclavitud, toma de rehenes, etc., si esa violación ocurre repetidamente, de forma organizada y planificada, es decir, sistemática o generalizada, estaríamos ya dentro de los llamados crímenes contra la humanidad del tipo penal correspondiente a los derechos humanos fundamentales¹⁴⁸⁷.

Se puede dar también el caso de que un mismo acto produzca doble imputación, es decir, que constituya un crimen de guerra (como el asesinato) por violaciones a las leyes

13-35 (15), también Pérez González, Manuel y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante...”, *loc. cit. supra* en nota 271, pp. 11-40.

¹⁴⁸⁴ Véase un resumen analítico de tres casos ante el TEDH sobre el conflicto checheno (1994-?), en la que se cometieron torturas y privación arbitraria sin previa captura y sometimiento a juicio de los acusados; uso desproporcionado la fuerza en relación a los objetivos que se pretendía conseguir y ataques a objetivos no militares, llevados a cabo por las fuerzas armadas rusas contra personas civiles y combatientes chechenos, en Kaye, David, “Khashiyev & Akayeva v. Russia. App. nos. 57942/00 & 57945/00; Isayeva, Yusupova & Bazayeva v. Russia. App. nos. 57947/00, 57948/00, & 57949/00; Isayeva v. Russia. App. No. 57950/00; European Court of Human Rights, February 24, 2005”, en *AJIL*, vol. 99, n. 4, 2005, pp. 873-881.

¹⁴⁸⁵ El Comité de Derechos Humanos de la ONU criticó la conducta del gobierno colombiano cuando sus fuerzas armadas, en violación a la prohibición arbitraria de la vida, dispararon a miembros de las FARC desarmados mientras éstos se aproximaban a una residencia que ya había sido peinada previamente por el ejército por entender que ese era el lugar donde los guerrilleros tenían como rehén al ex embajador colombiano en Francia, Miguel de Germán Ribón; el Comité recordó a Colombia que el derecho a la vida en esa circunstancia es inderogable cuando es posible proceder al arresto. Véase *Husband of Maria Fanny Suarez de Guerrero v. Colombia*, Communication No. R.11/45, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 137 (1982), en http://www.bayefsky.com/pdf/101_colombia45.pdf, fecha de consulta 16 de marzo de 2014.

¹⁴⁸⁶ Hemos podido demostrar en el tema referente a la práctica reciente de la CPI, que la mayoría de las acusaciones y delitos imputados a los acusados lo son por crímenes contra la humanidad, una muestra de que se están violando constantemente los derechos humanos en los conflictos armados actuales, siendo las personas civiles y la población civil los más afectados.

¹⁴⁸⁷ Pérez González, Manuel, “La Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Conflicto...”, *loc. cit. supra* en nota 1483, p. 15.

y usos de la guerra, y un crimen de guerra (como el homicidio intencional) por violación a los Convenios de Ginebra de 1949 (infracciones graves), o bien un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad al mismo tiempo. La clave de todo ello según la Sala de Apelaciones del TPIY está en los elementos constitutivos de los crímenes, en el que cada crimen contiene un elemento que no está presente en el otro. La Sala Pone el ejemplo del homicidio internacional (violación a los Convenios de Ginebra de 1949) el cual requiere que la víctima sea considerada como persona protegida, no exigido para el caso del asesinato (por violaciones a las leyes y usos de la guerra), y para los crímenes contra la humanidad la víctima puede tener la misma nacionalidad del perpetrador, de esa manera la consideración de persona protegida es irrelevante¹⁴⁸⁸.

Por otra parte, lo que el derecho internacional humanitario prohíbe en tiempo de guerra surge de una prolongación de la misma protección por el derecho internacional de los derechos humanos que no distingue entre tiempos de paz y de guerra cuando de regular el uso de la fuerza se trata, cuyo ejemplo paradigmático es la prohibición de privación arbitraria de la vida, que no puede ser derogada bajo ninguna circunstancia, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, como especialmente proclama el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o cualquiera de las otras prohibiciones cuya violación pudiera devenir en crímenes contra la humanidad¹⁴⁸⁹. Por consiguiente, hoy por hoy se puede concluir que hay *opinio juris* sobre la aplicación simultánea del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, aunque el derecho internacional humanitario sea el principal cuerpo normativo llamado a regular la guerra.

La relación entre ambos sistemas siempre ha sido objeto de debate aunque es claro que la violación de los derechos humanos fundamentales en el curso de un conflicto armado supone principalmente violación del derecho internacional humanitario. Ello adquirió importancia después de la Segunda Guerra Mundial cuando se tipificaron por vez primera los crímenes contra la humanidad y el genocidio, desarrollados con los trabajos

¹⁴⁸⁸ *Prosecutor v. Zejnil Delalic' et al* (IT-96-21-A) (*Celebici*), Appeals Chamber, Judgment... *loc. cit. supra* en nota 427, pp. 138 y ss., pars. 414 y ss.; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* (IT-95-14/2-A), Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1378, pp. 279-281, pars. 1035-1038. Véase también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), "Desplazamiento Forzado...", *loc. cit. supra* en nota 330, pp. 22-23.

¹⁴⁸⁹ Al respecto a otras convenciones consúltese el artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención Africana de Derechos Humanos que no contempla supresión de garantías.

de la CDI antes señalados al desvincularlos finalmente del nexo guerra, culminado en el Estatuto de Roma, además de los aportes que al respecto hicieron los tribunales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda a través de su jurisprudencia, así como la labor de dos de los principales órganos de la ONU, la Asamblea General y Consejo de Seguridad, al momento de condenar las violaciones graves del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internos de los últimos 50 años, en cuyo discurso también se incorporan violaciones graves de los derechos humanos, según hemos argumentado en la mayoría de los conflictos armados reseñados¹⁴⁹⁰.

Un muestra también de la aplicación simultánea del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, y por ende de la doble incriminación resultante, lo constituye la práctica reciente de la jurisdicción universal respecto a los crímenes estudiados por los Estados citados otrora, que procura la persecución judicial del individuo por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio en los conflictos armados¹⁴⁹¹, como la citada Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo. Pues casi siempre las imputaciones corresponden a delitos cometidos durante el desarrollo de un conflicto armado, lo que en términos prácticos, como hemos anotado, se entendería que son consecuencias de violaciones flagrantes del derecho internacional humanitario.

Por tanto, ¿podría considerarse que nos movemos hacia la formación de un solo marco jurídico legal al menos en los conflictos armados internos? Probablemente sí, porque, como se dijo, la mayoría de los conflictos armados actuales son de carácter interno, donde casi la totalidad de los delitos perpetrados corresponde a los crímenes contra la humanidad, y ello es debido a que las personas civiles y la población civil son generalmente el blanco de ataque. El TPIY ya había advertido de esta posibilidad como una realidad al encontrar que en algunos aspectos el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se habían fusionado, más aún, reconoció acudir a las normas de derechos humanos para interpretar el alcance del

¹⁴⁹⁰ Véase también Droege, Cordula, “The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”, en *Israel Law Review*, vol. 40, n. 2, 2007, pp. 310-355 (316-317).

¹⁴⁹¹ Simma, Bruno, and L. Paulus, Andreas, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, en *AJIL*, vol. 9, n. 2, pp. 302-316 (314).

derecho internacional humanitario¹⁴⁹², ya que existen situaciones donde el nivel de protección del derecho internacional humanitario se encuentra difuso o bien con un estándar muy bajo.

Así acontece por ejemplo cuando hay dudas respecto a la determinación del estatuto de combatiente, y concretamente en lo que concierne a quién puede ser atacado durante un conflicto armado en el que momentáneamente reina la calma, o en el caso de conflictos de ocupación, donde la aplicación de los derechos humanos se observa más previsible debido al control ejercido por la potencia ocupante, y que por tanto hay ausencia del fuego; en suma, cuándo la privación de la vida en estas circunstancias se considera arbitraria, y bajo el entendido de que se aplican ambos derechos, qué derecho presumiblemente debe superponerse al otro, si el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos.

La respuesta a este problema se ha discutido por ejemplo en el caso *Public Committee Against Torture v. Israel* por el Tribunal Supremo Israelí, que trata sobre las muertes selectivas (targeted killings)¹⁴⁹³ llevadas a cabo por Israel contra los militantes de agrupaciones terroristas en los territorios palestinos ocupados (Cisjordania, Franja de Gaza, Judea y Samaria). De entrada Israel expone que los terroristas no son miembros de un ejército regular, tampoco usan uniformes y se camuflan entre la población civil y lugares sagrados, y son apoyados por sus familias y parientes. Por consiguiente, no cree posible la aplicación del derecho internacional humanitario que hace referencia a los conflictos armados internacionales, concretamente al estatuto de combatiente (tercer Convenio), ni de las normas del artículo 3 común, ni del derecho internacional de los derechos humanos, en cuyo doble contexto se prohíbe la privación arbitraria de la vida;

¹⁴⁹² *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1136, p. 158, par. 467.

¹⁴⁹³ Para conocer más a fondo sobre esta problemática en lo que concierne a los asesinatos selectivos véase las siguientes referencias bibliográficas: Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Asesinatos Selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales...”, *loc. cit. supra* en nota 1481, pp. 1-76; Otto, Roland, *Targeted Killings and International Law: With Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Springer, Max-Planck-Institut für: ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2012; Solis, Gary, “Targeted Killing and the Law of Armed Conflict”, en *Naval War College Review*, vol. 60, n. 2, 2007, pp. 127-146; Kenneth Watkin, Colonel, “Canada/United States Military Interoperability and Humanitarian Law Issues: Land Mines, Terrorism, Military Objectives and Targeted Killing”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 15, n. 2, 2005, pp. 281-314; Ruys, Tom, “License to Kill ? State-Sponsored Assassination Under International Law”, en *Military Law & Law of War Review*, vol. 44, n. 1, 2005, pp. 13-50; Kretzmer, David, “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?”, en *EJIL*, vol. n. 2, 2005, pp. 171-212; Nocholas, Kendall J., “Israeli Counter-Terrorism: “Targeted Killings” Under International Law”, *North Carolina Law Review*, vol. 80, n. 3, 2002, 1069-1088.

entonces el Tribunal se decanta por discutir lo concerniente a cuando una persona civil pierde su inmunidad si momentáneamente participa en las hostilidades, permitiendo que sea atacada mientras perdure su participación; puntos que pasamos a desarrollar a continuación:

Respecto a la primera cuestión, cabe destacar que existen dudas razonables sobre el carácter internacional del conflicto, pues Palestina no es reconocida como un Estado por la comunidad internacional en su conjunto, haciendo que el conflicto de ocupación, tal como lo consagra el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, sea de dudosa aplicación, así como el Protocolo Adicional I de 1977¹⁴⁹⁴. Empero, no es un conflicto que se desarrolle dentro de las fronteras tradicionales del Estado de Israel entre las autoridades y sus ciudadanos, lo que le valió al Tribunal para afirmar que existe un conflicto armado de carácter internacional en tanto que una vez Israel cruza su frontera a otro territorio y permanece en él se convierte en una potencia ocupante¹⁴⁹⁵.

En relación al segundo argumento, el Tribunal pasó a determinar los estatutos de combatiente, objetivos militares y personas civiles, que como se puede observar están relacionados al principio de distinción. En lo que respecta al estatuto de combatiente, y dada la calificación previa del conflicto como internacional, el Tribunal ha descartado que los integrantes de las organizaciones terroristas sean considerados combatientes en el sentido literal de los términos usados por el Reglamento de La Haya de 1907, el artículo 13 del primer y segundo Convenios de Ginebra de 1949, y el artículo 43 del Protocolo Adicional I, que hacen referencia a las milicias y cuerpos de voluntarios, cuyos integrantes pueden ser considerados combatientes sólo si están bajo un mando responsable, llevan un signo distintivo reconocible a distancia, llevan las armas a la vista y realizan sus operaciones de acuerdo a las leyes y costumbres de la guerra¹⁴⁹⁶. Por tanto, es muy difícil que un terrorista alcance el estatus de combatiente legítimo, a menos que pase a formar parte de una milicia o cuerpo de voluntarios con las características señaladas, ello en lo que respecta a un conflicto armado internacional como el ocurrido en Afganistán (2003), cuando algunos miembros de Al Qaeda se

¹⁴⁹⁴ Orakhelashvili, Alexander, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?", en *EJIL*, vol. 19, n. 1, 2008, pp. 161-182 (166).

¹⁴⁹⁵ *Public Committee v. Government of Israel, The Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment. The Government of Israel et al.*, (HCJ 769/02), The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, December 13, 2006, par. 18.

¹⁴⁹⁶ *Ibidem*, par. 23.

integraron a las fuerzas armadas talibanes; pero sí podrían ser considerado como combatientes irregulares debido a que es lo más parecido al concepto tradicionalmente utilizado por la doctrina para las personas civiles que momentáneamente toman participación directa en las hostilidades y mientras dure su participación.

Por otro lado, y en lo que atañe a la tercera cuestión, el Tribunal Supremo israelí, al no poder demostrar la existencia de combatientes regulares para el caso de conflictos armados internacionales, llegó a la conclusión de que estos terroristas a quienes las autoridades israelíes daban muerte de modo selectivo, son personas civiles que momentáneamente tienen participación directa en las hostilidades, debiéndoseles tratar con humanidad, ser capturados y llevados a juicio¹⁴⁹⁷; y son también son personas civiles aquéllas que sirven de escudo humano, por lo que no se pueden ser vistas como que toman participación directa en las hostilidades, pues son víctimas del terrorismo, pero si lo hacen por voluntad propia y sin coacción, entonces pueden ser vistas como personas que toman participación directa en las hostilidades¹⁴⁹⁸. Entiende además, que debe revisarse caso por caso a los fines de evitar excesos usando la fuerza letal, por ejemplo, tener información previa de la identidad del supuesto terroristas, evitar proceder a un ataque si se pueden usar métodos menos dañinos, es decir, ser arrestado, interrogado y juzgado con la intención de respetar el principio de proporcionalidad (una forma indirecta de expresar la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos), para lo que citó el caso *McCann et al. v. Reino Unido* ante el TEDH del 27 de septiembre de 1995, quien declaró la ilegalidad de los asesinatos de tres integrantes del IRA abatidos por las autoridades inglesas en una calle de Gibraltar, después de conocer que planeaban cometer un atentado terrorista en el territorio; no obstante, aclara, no siempre es posible el arresto, la investigación y el juicio, por el riesgo que supone a las personas civiles y a los soldados¹⁴⁹⁹, por donde se deduce que debe haber un equilibrio entre la seguridad de la Potencia ocupante y las necesidades de la población local¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁷ *Ibidem*, par. 25.

¹⁴⁹⁸ *Ibidem*, par. 36.

¹⁴⁹⁹ *Ibidem*, pars. 39-40.

¹⁵⁰⁰ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Asesinatos Selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales en los Conflictos Armados Actuales”, en *Criminal between War and Peace: Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions / El Derecho penal entre la guerra y la paz: Justicia y Cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, en Manuel Maroto y Daniel Scheunemann (Coords.), Ediciones Universidad d Castilla-La Mancha, 2009, pp. 335-386 (351).

Por consiguiente, a modo de conclusión, la privación arbitraria de la vida en estas circunstancias podría no ajustarse en derecho, y es de difícil asimilación tanto desde la perspectiva del derecho internacional humanitario que pudiera dar lugar a la comisión de crímenes de guerra del tipo asesinato, como de crímenes contra la humanidad del mismo tipo penal y su relación con los derechos humanos, en tanto que existe una política consolidada por Estados Unidos y por Israel de justificar los asesinatos selectivos de personas civiles terroristas.

Los asesinatos selectivos son tan inmorales como lo constituyen los actos terroristas cometidos por los militantes de esas organizaciones; sin embargo, recurrir a un abuso desmedido del uso de la fuerza contra ellos para hacer frente a sus acciones, constituye una violación del principio de distinción y de proporcionalidad cuando existen mecanismos menos dañinos para afrontarlos, como pone de manifiesto el Comité de Derechos Humanos de la ONU¹⁵⁰¹, máxime cuando el mismo Estado de Israel reconoce que está luchando contra personas civiles y no contra combatientes, pues los asesinatos selectivos implican tener conocimiento previo de la persona que se pretende ejecutar¹⁵⁰², siendo entonces las normas correspondientes al derecho internacional de los derechos humanos las que deben agotarse antes de llegar a esos extremos, como también evidenció el informe del Comité de Expertos del Centro Universitario de Derecho Internacional Humanitario de Ginebra en 2005¹⁵⁰³.

Esta política patrocinada por los Estados aludidos, evidentemente degenera en la impunidad de las personas que pudieran ser responsables de esos abusos si no se establecen investigaciones para determinar la causa en el que el uso de la fuerza ha sido desproporcionado, sobre todo cuando anticipadamente las fuerzas del Estado están

¹⁵⁰¹ Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto, observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre Israel, Doc. CCPR/CO/78/ISR, de 21 de agosto de 2003, par. 15.

¹⁵⁰² Doswald-Beck, Louise, "The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?", en *IRRC*, vol. 88, n. 864, December 2006, pp. 881-904 (897).

¹⁵⁰³ El Comité de Expertos reconoció cuatro razones como única excepción en la que los asesinatos selectivos se encuentran dentro de la legalidad, a saber: a) cuando la Potencia Ocupante no tiene control efectivo sobre el territorio y no pueda arrestar razonablemente a la persona, b) cuando la Potencia Ocupante ha intentado que las autoridades que tienen el control sobre la persona le transfiera al acusado, suponiendo que éste ha participado en actos hostiles graves y constituye un peligro para la vida, y siempre que cuente con informaciones fidedignas de que continuará cometiendo esos actos y 3) cuando otras medidas han resultado ser insuficientes para afrontar la amenaza. Véase al respecto Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflicts and Situations of Occupation, Organized by The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 1-2 September 2005, E.2, p. 32, en: [http://www.geneva-academy.ch/docs/expert meetings/2005/3rapport_dr_oit_vie.pdf](http://www.geneva-academy.ch/docs/expert%20meetings/2005/3rapport_dr_oit_vie.pdf), fecha de consulta 15 de marzo de 2014.

siendo protegidas en estas circunstancias, pues un ejemplo claro lo constituye el Código Penal de Israel cuyo artículo 34 exime de responsabilidad penal a las fuerzas del orden cuando se supone están cumpliendo con su deber¹⁵⁰⁴. Esta situación, junto a las amnistías nacionales absolutas en la etapa de los posconflictos armados, constituye un retroceso en la búsqueda de la eficacia correcta de la aplicación de la responsabilidad internacional penal del individuo por los Estados que usan su derecho interno para patrocinar la impunidad de los infractores al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

III. El reto de las amnistías nacionales y su incompatibilidad con las violaciones graves del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos y del Estatuto de Roma

Desde que se tipificaron los crímenes internacionales por primera vez en los Estatutos de los tribunales de Núremberg y Tokio y la consecuente responsabilidad internacional penal del individuo por la comisión de graves violaciones de las leyes de la guerra, uno de los obstáculos mayores a los que se han tenido que enfrentar la comunidad internacional y los propios Estados es el rol que debería desempeñar la posible implementación de las amnistías nacionales tras la conclusión de un conflicto armado, concretamente en los conflictos de carácter interno, donde casi siempre se convierte en un factor importante y de último recurso en la consecución de la paz, lo cual no debería ser olvidado por el sistema de justicia de transición sobrevenido.

Así, durante toda la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI, el tema de las amnistías nacionales alcanzó una función protagónica, puesto que el gobierno de *facto*, *de jure* o de transición de un Estado se arrogaba el deber de implementar este mecanismo para olvidar experiencias pasadas pensado en la reconciliación nacional, es decir, como apunta Bassiouni, de establecer el perdón por los crímenes contra el interés público cometidos durante el desarrollo del conflicto armado¹⁵⁰⁵, o bien lo hacía intencionalmente para evitar una futura persecución penal así como desviar la atención

¹⁵⁰⁴ Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “Asesinatos Selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales...”, *loc. cit. supra* en nota 1371, p. 32.

¹⁵⁰⁵ Bassiouni, M. Cherif, “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 4, n. 4, 1996, pp. 9-28 (19).

por los crímenes cometidos, logrando opacidad¹⁵⁰⁶.

En principio la misma podría ser vista por la víctimas, esto es, las personas civiles y la población civil, como un acto de impunidad contra los verdugos, pero lo cierto es que es una condición previa al cese inmediato de las hostilidades, concretada en acuerdos de paz¹⁵⁰⁷, ya que de otra manera el conflicto podría prolongarse en el tiempo, de ahí su aparición como elemento de negociación previo en los acuerdos alcanzados por las Partes al término del conflicto armado.

No en vano esta disposición fue incluida en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II para las personas “*privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*”, pero sólo a los fines de recomendación, ya que, como se dijo en la Conferencia de Expertos, es una cuestión que compete al Estado¹⁵⁰⁸. En todo caso, se puede considerar que esa disposición era un reflejo de la época en que

¹⁵⁰⁶ Seibert-Fohr, Anja, “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, n. 1, 2003, pp. 553-590 (555).

¹⁵⁰⁷ Además de los acuerdos que hemos puesto de relieve en el desarrollo de esta tesis, tómese en cuenta también el Acuerdo entre el Gobierno Constitucional de Nicaragua y la Resistencia Nicaragüense (conocido como Sapoá Agreement) el 23 de marzo de 1988, el cual ofrecía garantía de amnistía tanto para los rebeldes como para los miembros del ejército del gobierno depuesto el 19 de julio de 1979; véase comentarios en: *Inter-American Yearbook on Human Rights/Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, of the Inter-American Commission on Human Rights/Comisión Interamericana de Derechos Humanos and Inter-American Court of Human Rights/Corte Interamericana de Derechos Humanos, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1989, p. 466-468. Por otro lado, está el Acuerdo entre el Gobierno Nacional, los Partidos Políticos, el M-19, y la Iglesia Católica en Calidad de Tutora Moral y Espiritual del Proceso, de 9 de marzo de 1990, en el que se prevé en su apartado 8 el indulto por parte del gobierno a las fuerzas rebeldes del M-19 si se desmovilizan, entregan las armas y dejan de existir; ver en http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/CO_900309_Acuerdo%20Pol%C3%ADtico%20Entre%20El%20Gobierno%20Nacional%20los%20Partidos%20Pol%C3%ADticos%20y%20El%20M-19.pdf, fecha de consulta 24 de marzo de 2014. En cuanto al conflicto armado en Liberia, el Cotonou Peace Agreement from Liberia of 25 July 1993, previó en su apartado 19 otorgar amnistía a todas las personas y Partes involucradas en el conflicto, ver en: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b5796.html>, fecha de consulta 24 de marzo de 2014. En relación al interminable conflicto armado en Sudán antes de que el Sur se independizase, se suscribió un acuerdo el 21 de abril de 1997, por el que, aparte de disponerse la realización de un referéndum de autodeterminación de Sudán del Sur, se prevé amnistía general desde 1983 hasta la fecha para los prisioneros, detenidos y sentenciados involucrados con el conflicto armado (Anexo 2); véase acuerdo en: <http://www.incore.ulst.ac.uk/services/cds/agreements/pdf/sudan2.pdf>, fecha de consulta 24 de marzo de 2014. Destacar que esta lista de acuerdos a los que hacemos referencia se puede ver en Vierucci, Luisa, “International Humanitarian Law and Human Rights Rules in Agreements Regulating or Terminating and Internal Armed Conflict”, en *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, en Robert Kolb and Gloria Gaggioli (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom, 2013, pp. 416-438 (427).

¹⁵⁰⁸ Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development, *loc. cit. supra* en nota 14, p. 21, par. 27. Cabe destacar que ésta fue una propuesta acordada por los representantes de Estados Unidos, véase comentarios del proyecto artículo 28 sobre la persecución penal contra combatientes, en la segunda sesión de la Conferencia del 3 de mayo al 3 de June de 1972, Reporte del Trabajo de la Conferencia, vol. II, p. 41, ver en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC-Report-conf-of-gov-experts-1972_V-2.pdf, fecha de consulta 13 de marzo de 2015.

fuera adoptado el Protocolo, que propugnaba el respeto a la soberanía del Estado en tanto que se trataba de conflictos armados internos, lo que difícilmente encuentra apoyo hoy día cuando se ha catapultado la responsabilidad internacional penal del individuo¹⁵⁰⁹; pese a que la misma fue entendida por la doctrina exclusivamente para reconocer cierta inmunidad a los combatientes para no ser juzgados por su participación en el conflicto, como sucede en los conflictos armados internacionales con los prisioneros de guerra, con la salvedad de que ello no les eximía de responsabilidad penal si cometieran alguna infracción grave¹⁵¹⁰.

En ese sentido, y es lo que antiguamente se había entendido, la posibilidad de calificar como crímenes de guerra las atrocidades contra las personas civiles y la población civil en los conflictos armados internos era considerada una utopía, siendo entonces los crímenes contra la humanidad la categoría de crímenes a considerar¹⁵¹¹, ello hasta que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* reconoció que los individuos podían también ser responsables internacionalmente si violasen normas correspondientes al artículo 3 común y al Protocolo Adicional II. Desde entonces las amnistías nacionales a favor de los responsables de serias violaciones podrían ser contrarias al derecho internacional puesto que contribuyen a promover la impunidad tanto por la comisión de crímenes de guerra como de crímenes contra la humanidad, por cuanto eran utilizadas de forma ilimitada e indiscriminada por gobiernos dictatoriales y regímenes militares implicados, con lo que evitaban ser perseguidos judicialmente.

No obstante, se puede argumentar que en cierto sentido el derecho internacional no prohíbe a las autoridades en el poder acordar conceder mediante leyes especiales amnistía a las personas que han participado en las hostilidades, pero, como se ha dicho, cuando se otorga deliberadamente puede conducir a la impunidad de los que han perpetrado violaciones graves del derecho internacional humanitario, y esto es lo que precisamente la comunidad internacional ha querido evitar en los conflictos armados de las últimas décadas, donde la ONU ha jugado una función importante. Podemos citar, por ejemplo, la decisión de la Organización de crear los tribunales *ad hoc* en los

¹⁵⁰⁹ Naqvi, Yasmin, "Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition", en *IRRC*, vol. 85, n. 851, 2003, pp. 583-626 (587).

¹⁵¹⁰ Gavron, Jessica, "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of International Criminal Court", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n. 1, 2002, pp. 91-117 (102-103).

¹⁵¹¹ *Ídem*, (p. 102).

conflictos armados en la antigua Yugoslavia y Ruanda para los crímenes más graves, los cuales se enraizaron no solamente para perseguir a los culpables de serias violaciones al derecho internacional humanitario y los derechos humanos, o para evitar que se sigan cometiendo hechos horribles, sino también para combatir la impunidad lograda por amnistías generales sobrevenidas¹⁵¹²; la participación y el aporte de la Organización al establecimiento de los tribunales mixtos y a la implementación de la CPI van también en esa dirección.

Por tanto, lo más importante consiste en determinar cuáles delitos corresponden a las infracciones graves y cuáles a delitos comunes. Al respecto cabe señalar que la definición de crímenes contra la humanidad está más que consolidada en el derecho internacional penal – aunque algunos propugnen por realizar ciertas modificaciones en relación a la “política”- al igual que los crímenes de guerra. Pero en el derecho doméstico el legislador muchas veces evita pronunciarse al respecto cuando extrapola las normas de derecho internacional al derecho interno, haciendo que en un conflicto armado esas violaciones sean vistas como delitos comunes, lo cual va acompañado de una precaria investigación de los cuerpos del orden, todo ello al momento de establecer amnistías mediante leyes especiales¹⁵¹³. En todo caso, es sabido que tanto el artículo 3 común como el Protocolo Adicional II contienen normas cuyas violaciones no están sujetas a la concesión de amnistías, porque pueden constituir crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, quedando los Estados compelidos a investigar esas violaciones y llevar ante la justicia a los responsables, y es ésta la posición del CICR en la famosa carta dirigida al Fiscal del TPIY en 1995 en la que advertía sobre el uso del citado artículo 6 (5)¹⁵¹⁴, dígase también de las Convenciones sobre protección de los derechos humanos que con carácter imperativo prohíben el genocidio, la tortura, la

¹⁵¹² Méndez, Juan E., “National Reconciliation, Transnational Justice...”, *loc. cit. supra* en nota 1478, p. 25.

¹⁵¹³ Vervaele, John A. E., ¿Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos Internacionales: del *Ius* (non) *Puniendi* del Estado-Nación a un Deber Puniendi Imperativo de *Ius Cogens*?, en *Revista Electrónica de Direito Penal E Política Criminal – UFRGS*, vol. 1, n. 1, 2013, pp. 3-36 (8), ver en: <file:///C:/Users/Israel/Downloads/44238-186608-2-PB.pdf>, fecha de consulta 23 de mayo de 2014.

¹⁵¹⁴ Cassel, Douglass, “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 197-230 (218). Posición que fue reiterada en la publicación del CICR de 2004 sobre Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, véase al respecto Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005, pp. 612-613.

desaparición forzada de personas, apartheid, etc.¹⁵¹⁵.

América Latina ha sido un ejemplo claro de violaciones sistemáticas y generalizadas del derecho internacional de los derechos humanos por regímenes militares dictatoriales y opresores que se instalaron *de facto* por medio de golpes de Estado militares contra gobernantes elegidos democráticamente, dando origen muchas veces a la implementación del llamado terrorismo de Estado o bien a conflictos armados internos intermitentes prolongados en el tiempo entre las fuerzas recién instaladas y parte de la sociedad que no aceptaba a un gobierno ilegítimo, formando grupos armados opositores¹⁵¹⁶. Se cometieron violaciones graves del derecho internacional humanitario en el contexto de los enfrentamientos entre las fuerzas armadas de esos gobiernos y los grupos armados propiamente dichos¹⁵¹⁷, y una vez fue alcanzada la paz, en la que previsiblemente las normas de derecho internacional humanitario no eran del todo aplicables dado el control absoluto ejercido por parte del Estado en todo el territorio, las autoridades en el poder aprobaron leyes de amnistías generales a su favor que contribuyeron a dejar impunes los delitos cometidos, aunque ciertamente también en ocasiones se beneficiara a militantes de grupos armados, siendo los casos más

¹⁵¹⁵ Gavron, Jessica, “Amnesties in the Light of Developments in International ...”, *loc. cit. supra* en nota 1510, p. 92.

¹⁵¹⁶ Fundación para el Debido Proceso Legal, *Las Víctimas y la Justicia Transicional. ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, p. 2.

¹⁵¹⁷ En los siguientes casos contenciosos se analiza la violación del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II, en tanto los crímenes perpetrados ocurrieron mientras existía un conflicto armado ente el Estado y grupos armados organizados: *Las Palmeras v. Colombia*, 6 de diciembre de 2001 (asesinatos de personas civiles, sin embargo, la Corte aceptó las excepciones preliminares formuladas por Colombia sobre la incompetencia de la Institución y de la propia Comisión IDH para decidir sobre la violación del derecho internacional humanitario, aunque sí concluyó que éste puede ser tomado en cuenta a objeto de interpretación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - *Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de febrero de 2000 - pars. 32-34 -); *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, 25 de noviembre de 2000 (debido a que la demanda de la Comisión no se circunscribía a la violación del artículo 3 común, sino que se centraba en la violación de los derechos humanos pero sí vinculado a ese artículo, y su aceptación por parte del Estado demandado, esta vez la Corte considera que el Estado está obligado a actuar de manera concordante con el artículo 3 común toda vez que sus disposiciones sobre el derecho a la vida y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes van acorde con lo prohibido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no obstante reitera que carece de competencia para declarar la responsabilidad del Estado en aplicación del derecho internacional humanitario – pars. 203-214 -); “*Masacre de Mapiripán*” *v. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005 (sobre la privación de libertad, tortura y asesinatos de aproximadamente 49 personas civiles por los miembros del grupo armado Autodefensas Unidas de Colombia en cooperación y con aquiescencia del Estado. La Corte nuevamente declaró que el Estado debe observar las normas correspondientes al artículo 3 común y el Protocolo Adicional II en lo concerniente a la protección de las personas civiles, a los fines de respetar la Convención Americana sobre Derechos Humanos - pars. 114-115 -).

significativos los de Argentina¹⁵¹⁸, Brasil¹⁵¹⁹, el Salvador¹⁵²⁰, Chile¹⁵²¹, Perú¹⁵²²,

¹⁵¹⁸ Argentina (1973-1986). Convenios de Ginebra de 1949 ratificados en 1945. Violaciones graves a gran escala del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Ley de amnistía 22.924, de 22 de septiembre de 1983, derogada por la Ley 23.040 del mismo año; sin embargo, el 23 de diciembre de 1986 se aprobó la Ley 23.492 de Punto y Final, y el 4 de junio de 1987 la Ley 23.521 de Obediencia Debida, ambas para favorecer a los miembros de las fuerzas armadas de las Juntas Militares cuando el Estado estuvo gobernado por cuatro de ellas entre 1973-1986, pero el 21 de agosto de 2003 ambas fueron derogadas por la Ley 25.779 y anuladas por la Corte Suprema el 14 de junio de 2005. Ver el contenido de hechos en el informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas publicado en septiembre de 1984: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/unncamas/unncamas.html>, fecha de consulta 25 de marzo de 2014; Norris, Robert E., “Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas: Una Respuesta Legal”, en *IIDH*, vol. 15, 1992, pp. 47-121 (71-84).

¹⁵¹⁹ Brasil (1964-1978) – Dictadura represiva militar, hubo torturas en masa, asesinatos, violaciones, desapariciones, etc. El 28 de agosto de 1979 se aprobó la Ley de amnistía 6.683 para todas las personas que estuvieron involucradas, concretamente del aparato estatal. Ver informe de Amnistía Internacional: Report on Allegations of Torture in Brazil, Amnesty International Publications, London, 1977. También se realizaron investigaciones sobre la situación de los derechos humanos en ese país por parte de la Arquidiócesis de Sao Paulo culminando en 1985 en un informe titulado: Brasil: Nunca Mais, ver en: http://www.dhnet.org.br/memoria/nuncamais/bnm_tomo1_regime_militar.pdf, fecha de consulta 23 de marzo de 2014; Norris, Robert E., “Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas...”, *loc. cit. supra* en nota 1518, pp. 56-60.

¹⁵²⁰ El Salvador (1979-1992). Convenios de Ginebra de 1949 ratificados en 1953 y Protocolo II ratificado en 1978. Sobre el desenlace del conflicto véase lo tratado en el primer capítulo. En 1987 se aprobó el Decreto No. 805 acordando amnistías a quienes habían sido sometidos a la justicia por la participación en los crímenes denominados “delitos políticos”, y más tarde se aprobó también la Ley – Decreto 486 de Amnistía para la Consolidación de la Paz, el 20 de marzo de 1993. Sobre la aplicación y violaciones del derecho internacional humanitario véase el artículo citado de Kogod Goldman, Robert, “International Humanitarian Law and the Armed Conflicts in El Salvador and Nicaragua”, en: *American University International Law Review*, vol. 2, n. 2, 1987, pp. 539-578; en cuanto a la amnistía, Norris, Robert E., “Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas...”, *loc. cit. supra* en nota 1518, pp. 92-101.

¹⁵²¹ Chile (1973 y 1990). Convenios de Ginebra de 1949 ratificados en 1950. Violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos a gran escala durante el período de la dictadura militar comandada por el general Augusto Pinochet Ugarte entre 1973 y 1990, y del derecho internacional humanitario durante e inmediatamente después del golpe de Estado. Ley de Amnistía - Decreto Ley 2191, de 19 de abril de 1978, dictada por la Junta de Gobierno, presidida por el general Augusto Pinochet Ugarte, cinco años después de haber dirigido un golpe de Estado contra el presidente Salvador Allende Gossens el 11 de septiembre de 1973. La Ley otorga amnistía para todas las personas que participaron durante el conflicto armado que llevó al derrocamiento de Allende, y comprende los hechos ocurridos entre la fecha del derrocamiento y la finalización del estado de sitio el 10 de marzo de 1978. Ver relación de hechos en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación creada en 1990, en: <http://www.derechos.org/nizkor/argentina/doc/informes/informe-rettig.htm>; en relación a las amnistías véase Norris, Robert E., “Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas...”, *loc. cit. supra* en nota 1518, pp. 48-56.

¹⁵²² Perú (1992-2000). Convenios de Ginebra de 1949 ratificados en 1956. Violaciones graves a gran escala del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario entre 1992-2000, ver los informes de la Comisión de la Verdad y Reparación de Perú, creada en el año 2000. Tras diez años de democracia, el 28 de julio de 1990 se instala democráticamente en Perú el presidente Alberto Fujimori, cuyo gobierno tendrá que combatir principalmente contra el grupo armado opositor Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y el grupo terrorista Sendero Luminoso. Como forma de dar inicio a un gobierno autoritario al margen de la ley y la Constitución y para enfrentar la supuesta actitud altruista y corrompida de los parlamentarios, el 5 de abril de 1992 el presidente se da un autogolpe, disuelve el Congreso de la República (con apariencia de legalidad constitucional) y el Poder Judicial y suspende algunos artículos de la Constitución, mientras da inicio a un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; al mismo tiempo comienza la persecución contra los miembros de los grupos armados y opositores, y con ello la comisión de violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, y tres años más tarde, el 14 y 28 de junio de 1995, promulga las Leyes de Amnistía 26.479 y 26.492 respectivamente, aprobadas por el Congreso Constituyente Democrático, donde se concede amnistía general a toda la cúpula militar, civil y policial, abarcando también hechos ocurridos

Nicaragua¹⁵²³ y Guatemala¹⁵²⁴, quienes habían ratificados los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, no obstante ignorar las normas correspondientes al artículo 3 común¹⁵²⁵.

desde 1980, por lo que muchos militantes de grupos armados y terroristas quedaron incluidos, aunque se excluyó a los condenados, investigados y detenidos por los delitos de terrorismo, traición a la patria y tráfico de drogas. Ver detalles de los hechos en el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (creada en 2001) publicado el 28 de agosto de 2003 en: <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>, fecha de consulta 15 de marzo de 2014.

¹⁵²³ Nicaragua (1979-1984). Convenios de Ginebra de 1949 ratificados en 1953. El conflicto armado se inició con una cruenta guerra civil entre el Estado comandado por el dictador Anastasio Somoza Debayle, apoyado por Estados Unidos, contra el grupo armado Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) liderado por César Augusto Sandino, ayudado por la Unión Soviética. En julio Sandino termina derrocando a Somoza, pero el conflicto continuó hasta 1984 cuando las tropas estadounidenses se retiraron y se celebraron elecciones libres. El 30 de noviembre de 1987 se aprueba la Ley 33 de amnistía para todos los detenidos, procesados o condenados en violación de la Ley sobre el Mantenimiento del Orden y la Seguridad Pública y otros delitos conexos de 20 de Julio de 1979 y sus reformas, y, ante la ineffectividad de esta amnistía, el 26 de marzo de 1988 se aprobó la Ley 36 con el mismo objeto, y el 13 de marzo de 1990 la Ley 81 de Amnistía General y Reconciliación Nacional, también con el mismo fin, hasta que fue reemplazada por la Ley 100, de 10 de mayo de 1990. Sobre la aplicación y violaciones del derecho internacional humanitario véase el artículo citado de Kogod Goldman, Robert, "International Humanitarian Law and the Armed Conflicts...", *loc. cit. supra* en nota 34, pp. 539-578. Respecto a las amnistías véase Norris, Robert E., "Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas...", *loc. cit. supra* en nota 1518, pp. 101-105.

¹⁵²⁴ Guatemala (1979-1985). Convenios de Ginebra de 1949 ratificados en 1952 y Protocolo II ratificado en 1987. El conflicto armado se extendió por casi cerca de cuarenta años con períodos cortos de paz. Durante el desarrollo del conflicto el Estado estaba siendo gobernado por militares, y había comenzado con la revolución de octubre de 1944, recrudeciéndose en 1962 hasta 1985. Sin embargo, tomaremos como referencia el período comprendido entre 1979 y 1985 por ser la época donde se agudizó la violencia y se militarizó el Estado con el presidente Efraín Ríos Montt, además de que fue el 31 de enero de 1980 cuando se ocupó la Embajada Española por un centenar de campesinos y fuerzas militares, dejando un saldo de 37 personas muertas y una víctima posterior a los hechos. El 23 de marzo de 1982 ascendió a la presidencia el susodicho general Efraín Ríos Montt mediante un golpe de Estado militar contra el propio régimen militar de entonces, instalándose junto a otros dos compañeros en lo que se llamó el triunvirato, para después quedarse como único gobernante el 9 de junio de ese mismo año, hasta culminar con el proceso político que llevó a convocar elecciones por la vía de una constituyente y resultar electo un nuevo presidente democrático a finales de 1985, Vinicio Cerezo Arévalo, además de que se promulgó una nueva Constitución, allanando el camino para una paz duradera. En relación a las amnistías, el gobierno de Ríos Montt promulgó el Decreto - Ley 33-82, de 27 de mayo de 1982, para las fuerzas del Estado y los grupos armados, y más tarde el Decreto - Ley 27-83, de 23 de marzo de 1983 para beneficio de los grupos armados; también el Decreto - Ley 8-86, de 10 de enero de 1986, por el presidente de entonces Marco Vinicio Cerezo, a favor de cualquier persona que hubiera cometido crímenes políticos o comunes a partir de 1982, y finalmente el Decreto - Ley 71-87, también para beneficio de cualquier persona. Para un análisis detallado de estas amnistías véase Norris, Robert E., "Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas...", *loc. cit. supra* en nota 1518, pp. 65-71; sobre la historia de los conflictos véase el informe "Guatemala. Memoria del Silencio", de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, 1999, ver en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/guatemala-memoria-silencio/guatemala-memoria-del-silencio.pdf>, fecha de consulta 24 de marzo de 2014.

¹⁵²⁵ Ver lista de Estados Partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, así como otras convenciones, junto a las fechas de sus ratificaciones: file:///C:/Users/Israel/Downloads/IHL_and_other_related_Treaties.pdf, fecha de consulta 24 de marzo de 2014. En relación al estudio de las amnistías tratadas aquí, véase el artículo de Cassel, Douglass, "Lessons from the Americas: Guidelines...", *loc. cit. supra* en nota 1514, pp. 197-230; también Norris, Robert E., "Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas...", *loc. cit. supra* en nota 1518, pp. 66-71; también Salmón G., Elizabeth., "Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt from the Latin American Experience", en *IRRC*, vol. 88, n. 862, 2006, pp. 327-353.

En suma, podría señalarse que el crimen de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cubren casi la totalidad de los delitos que en un conflicto armado pudieran perpetrarse durante el desarrollo de las hostilidades, de manera que es siempre posible que la concesión de amnistía esté viciada y por tanto pretenda ser un instrumento para exonerar a los responsables. En relación a ello, se da por entendido que con esta acción los Estados incumplen sus obligaciones internacionales contraídas en los tratados y convenciones de derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales contienen normas que promueven la persecución de los perpetradores de las violaciones consumadas¹⁵²⁶.

Es por ello que, la Corte IDH¹⁵²⁷, la Comisión IDH¹⁵²⁸ y otras instancias judiciales internacionales¹⁵²⁹, se han pronunciado contra estas leyes de amnistías que dejan a los

¹⁵²⁶ Forrest Martin, Francisco y otros, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties Cases, and Analysis*, Cambridge University Press, The United States of America, 2006, p. 172.

¹⁵²⁷ Podemos citar el caso *Gomes Lund y otros v. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010, sobre la desaparición de los integrantes de la Guerrilla do Araguaia durante el régimen militar de 1964-1985, en que por medio de la Ley de Amnistía 6.683/79, de 28 de agosto de 1979, se evitó someter a los principales responsables de ese hecho, la Corte consideró esta ley incompatible con las obligaciones convencionales respecto de las violaciones graves de los derechos humanos cometidas; y también el caso *Barrios Altos v. Perú*, de 14 de marzo de 2001, sobre la ejecuciones de quince personas y otras cuatro gravemente heridas, por parte de fuerzas del ejército, bajo el supuesto de pertenecer al grupo armado terrorista Sendero Luminoso, hecho ocurrido el 3 de noviembre de 1991 en un edificio de la localidad conocida como Barrios Altos, mientras las víctimas se encontraban recaudando fondos para la reconstrucción del vecindario, siendo los responsables de las muertes favorecidos más tarde con la Ley de Amnistía 26479, de 14 de junio de 1995, para los hechos ocurridos entre 1980-1995: “las amnistías son incompatibles con derechos inderogables del derecho internacional de los derechos humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (véase pars. 41 y ss.).

¹⁵²⁸ El 24 de septiembre de 1992, la Comisión declara en su informe que el Decreto Ley de Amnistía de 28 de octubre de 1987, aprobado por la Asamblea Legislativa con la intención de evitar que los responsables de la masacre de 74 personas aproximadamente por fuerzas de seguridad y las Fuerzas Armadas de El Salvador, contraviene sus obligaciones internacionales sobre derechos humanos en la Convención; ver en ese sentido Inter-American Commission on Human Rights, *Report N°26/92, Case 10.287*, El Salvador, September 24, 1992, en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/ElSalvador10.287.htm>, fecha de consulta 25 de marzo de 2014.

¹⁵²⁹ El TPIY, refiriéndose por ejemplo a los actos de torturas, señala que no tendría sentido que estén prohibidos por el derecho internacional como norma de *ius cogens*, y en cambio a nivel estatal se produzcan amnistías para absolver a los autores, ver *Prosecutor v. Anto Furundzija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, *loc. cit. supra* en nota 1250, pp. 59-60, par. 155; asimismo, en el caso *Margus v. Croatia*, el TEDH ha dicho en lo que respecta al conflicto armado en Croacia entre 1992-1996, que la Ley de Amnistía General de 24 de septiembre de 1996, que excluía su aplicación para los crímenes internacionales como el genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y con la que resultó favorecido el demandante Margus, se había aplicado erróneamente al demandante, ya que los delitos por los que fue perdonado constituían crímenes de guerra, por tanto, entiende que el Estado ha obrado bien al pretender procesarlo, puesto que la concesión de amnistía para eludir la responsabilidad penal por crímenes internacionales está prohibido por el derecho internacional, y en ese sentido el Estado no ha violado el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (principio *non bis in idem* – que impide volver a procesar a una persona por hechos con los cuales ha sido condenado o absuelto–), ver European Court of Human Rights,

perpetradores en la más absoluta impunidad y, aunque haya evitado referirse directamente a su incompatibilidad con las normas del derecho internacional humanitario que promueven la persecución penal del individuo, debido a que como apuntó carece de competencia respecto a la aplicación de la responsabilidad internacional del Estado y del individuo en relación a las violaciones del derecho internacional humanitario, está claro que muchos hechos por los que se aplicaron leyes de amnistía en América Latina, acontecieron en conexión con un conflicto armado interno, en que posiblemente no se cometieron crímenes de guerra pero sí crímenes contra la humanidad de desaparición forzada de personas, torturas y asesinatos en masa durante las dictaduras militares. Quedando por tanto subsumidas las violaciones graves del derecho internacional humanitario en violaciones graves de los derechos humanos cometidas en este caso por el Estado - y sus agentes -, quien paradójicamente es el principal garante de la aplicación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

La prohibición de las amnistías nacionales en las circunstancias actuales, por lo menos para los crímenes más graves, está más que establecida en el derecho internacional, siendo una posible excepción solamente para los delitos comunes. El CICR comparte esta posición cuando entiende que la concesión de amnistía para integrantes de grupos armados por su participación en las hostilidades podría ser un incentivo para que los mismos respeten el derecho internacional humanitario, facilite acuerdos de paz y contribuya a la reconciliación nacional, pues es bien conocido que la resistencia de los integrantes de grupos armados a respetar el derecho internacional humanitario es precisamente tener el conocimiento de que probablemente serán juzgados por violación del derecho interno¹⁵³⁰.

La concesión de amnistía también podría ser vista como una opción para casos

Case *Margus v. Croatia* (Application n. 4455/10), Judgment, 13 November 2012, pars. 73 y ss., sentencia ratificada por la Gran Sala el 27 de mayo de 2014. En otro orden, la Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos afirma que la promulgación de la amnistía (Decreto N. 1 de 2000) no sólo impidió a las víctimas usar un recurso efectivo y reclamar indemnización por los daños ocasionados, sino que también alentó la impunidad y evitó que los responsables de las presuntas atrocidades cometidas por las autoridades estatales durante la escalada de violencia y posible existencia de un conflicto armado en Zimbabwe entre el 2000 y 2002 fueran castigados debidamente; ver African Commission on Human and Peoples' Rights, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Decision Communication No. 245/02, of 21 May 2006, par. 215.

¹⁵³⁰ CICR, XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ..., *loc. cit. supra* en nota 195, pp. 70-72.

discutibles, como los que se podrían deducir de la sentencia del TEDH, es decir, aquéllos también excepcionalmente graves, donde la única alternativa para la restauración de la paz y con compensación de las víctimas, sea impedir el procesamiento por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario¹⁵³¹, excluyendo en nuestra opinión ciertos crímenes como el genocidio y algunos crímenes contra la humanidad de similar importancia como torturas, asesinatos, violación, esclavitud, exterminio, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos, etc., así como ciertos crímenes de guerra, todos ellos estudiados caso por caso. En ese sentido podríamos poner de ejemplo el controvertido caso de España y la Ley de Amnistía de 1977, de 15 de octubre, consensuada por las Partes en conflicto, es decir, que no fue el resultado de la parte vencedora con la intención de eludir la responsabilidad penal, no obstante haberse cometido violaciones muy graves¹⁵³².

Por otra parte, en lo que respecta a la CPI, el Fiscal, al amparo del principio de complementariedad, ha asumido el rol protagónico de incentivar que las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes primero cumplan con sus obligaciones internacionales de investigar y someter a los principales responsables de las atrocidades cometidas¹⁵³³. Es por ello que la amnistía no tiene cabida para estas personas, por lo menos en lo que respecta a los crímenes de su competencia. En ese sentido, cuando se negoció el ECPI fracasaron algunas propuestas impulsadas por Estados Unidos, que incluían amnistías siempre y cuando la decisión obedeciera a un acuerdo general consensuado por todas las Partes, en vez de optar por la persecución penal de crímenes cometidos¹⁵³⁴ dejando todo en una ambigüedad prevaleciente¹⁵³⁵. La Propuesta estuvo presente en los casos específicos de los señalados en el artículo 17 del Estatuto sobre admisibilidad de una

¹⁵³¹ European Court of Human Rights, Case *Margus v. Croatia* (Application n. 4455/10), Grand Chamber, Judgment, 27 May 2014, pars. 137 y ss.

¹⁵³² En sentido contrario a como lo exponemos aquí véase a Chinchón Álvarez, Javier, “La Ley de Amnistía: Margus contra Croacia y España contra el Mundo”, en eldiario.es, 29 de mayo 2014, en: http://www.eldiario.es/contrapoder/amnistia-crimenes_contra_la_humanidad-Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_6_265333472.html, fecha de consulta 05 de junio de 2014; en cambio, para Alicia Gil dicha Ley no contravino el derecho internacional del momento, véase Gil Gil, Alicia, “Breve Comparación de los Mecanismos de Superación del Pasado Adoptados en las Transiciones Brasileña y Española”, en *Gobernabilidad y Democracia: Defensa y Transiciones de Brasil y España* (Sonia Alda y Héctor Saint-Pierre, coords.), Ril editores, Chile, 2012, pp. 77-107 (87-88).

¹⁵³³ Dugard, John, “Dealing With Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n. 4, 1999, pp. 1001-1015 (1001).

¹⁵³⁴ Seibert-Fohr, Anja, “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court...”, *loc. cit. supra* en nota 1506, p. 556.

¹⁵³⁵ *Ibidem*, p. 561.

causa, en que se pretendía abordar el tema de las amnistías y los indultos¹⁵³⁶; sin embargo, la redacción aprobada por la que se puede llegar a suspender una investigación hoy día, no deja espacio a las consecuencias para el Estatuto de la implementación de amnistías por las legislaciones nacionales de los Estados Partes. Por tanto, a más de 10 años de entrada en vigor el Tratado, aún persiste el debate de si la Corte continúa teniendo competencia cuando en un determinado caso se aprueban amnistías, sobre todo en beneficio de la paz y la reconciliación.

La posición de la Corte la podemos ver en el señalado caso de Uganda, cuando en el año 2004 anunció, previa remisión por parte del Estado, que comenzaría a investigar crímenes de su competencia cometidos en ese país, donde se desarrolla un conflicto armado interno de larga duración desde 1986, ello pese a que en enero del año 2000 se aprobó una Ley de Amnistía general, acogiendo al perdón hasta su retirada en 2012 más de 26 mil combatientes de distintos grupos armados, en su mayoría del LRA. Dicha Ley no excluía la amnistía por delitos graves, y se limitó a beneficiar a las personas que han participado, ayudado o asistido a los insurgentes desde de citada fecha¹⁵³⁷. Las personas acusadas por la Corte y contra quienes se han emitidos órdenes de arresto son personas de mayor responsabilidad de mando del LRA, quienes evitaron acogerse a la Ley de amnistía. En ese sentido la intervención de la Corte ha sido oportuna a los fines de evitar que el Estado pueda amnistiar a los responsables de mayor responsabilidad por los crímenes más graves. El caso en Uganda contra el coronel Thomas Kwoyelo es excepcional, es el cuarto en mando del LRA y se acogió a dicha Ley resultando beneficiado, pero tras la apelación de la fiscalía continúa detenido esperando ser nuevamente procesado por el Tribunal Supremo¹⁵³⁸, lo que, dada la función intimidatoria y persuasiva de la Corte, hace difícil que quede exculpado de los cargos de asesinato, homicidio intencionado, pillaje, destrucción de la propiedad, ataques contra la población civil, etc., en el norte de Uganda¹⁵³⁹; recordemos que de acuerdo al artículo 20 (3) (a) (b), la Corte podrá desoir el principio *non bis in idem* si comprobara que el proceso obedeciera al propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal por

¹⁵³⁶ Majzub, Diba, "Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court", en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, n. 2, 2002, pp. 247-279 (267).

¹⁵³⁷ Ver contenido de la Ley de Amnistía en: <http://www.ulii.org/ug/legislation/consolidated-act/294>, fecha de consulta 24 de marzo de 2014.

¹⁵³⁸ Véase las últimas noticias sobre el caso en: <http://beyondthehague.com/2014/01/03/the-latest-twist-in-the-case-of-thomas-kwoyelo/>, fecha de consulta 24 de marzo de 2014

¹⁵³⁹ Véase Informe 2012 Amnistía Internacional: El Estado de los Derechos Humanos en el Mundo, Amnistía Internacional, Madrid, España, 2012, p. 431.

los crímenes de su competencia, o que el juicio no hubiera sido instruido de manera independiente e imparcial.

Por tanto, como se ha podido observar, la promulgación de amnistías por parte de las legislaciones nacionales incentivando que personas supuestamente responsables de cometer crímenes internacionales, inclusive de la competencia de la Corte, se acojan al perdón, no es un obstáculo para que la Institución ejerza su jurisdicción. Sin embargo, con el presente caso señalado, podemos predecir cuál será la línea a seguir por la Corte con la implementación de estas amnistías y sus consecuencias en los procesos de paz. Y es que la Corte perseguirá a las personas que han tenido mayor responsabilidad por los crímenes de su competencia, pues en los casos que está conociendo, incluido el de Uganda, las personas acusadas son las de mayor rango y principales líderes de sus respectivas organizaciones, y fue esta su preocupación también en el caso colombiano¹⁵⁴⁰. En suma, es probable que en un futuro la Corte reconozca la invalidez de las amnistías nacionales para esta clase de personas si se llegaran a producir, independientemente de si fuera necesario para la consecución de la paz, ya que las amnistías promovidas por las Partes o las autoamnistías en caso de regímenes dictatoriales, se dictan para que abarquen el mayor número posible de personas, principalmente a sus líderes.

Pero inclusive el Estatuto de Roma deja abierta la posibilidad, para el caso en que supuestamente se hayan cometido crímenes de su competencia, de que el Fiscal tenga facultad para decidir *motu proprio* evitar iniciar formalmente una investigación, como mecanismo de reconciliación, cuando conoce que la consecución de la paz es el único horizonte para terminar con una historia de violencia y pérdidas de vidas humanas. No es exactamente lo que dice, pero en razón de una interpretación amplia del concepto “interés de la justicia” puede ser fácilmente deducido del artículo 53 (1) (c) y (2) (c), según el cual el Fiscal podrá prescindir de dar curso a una investigación, si aún estando frente a la comisión de crímenes graves, ésta no redundará en interés de la justicia; dejando al descubierto la parte flexible del Estatuto¹⁵⁴¹; pero este argumento está lejos de ser convincente, ya que, como apunta Arjasani, las amnistías son un acto político en

¹⁵⁴⁰ Véase Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960, p. 52, par. 159.

¹⁵⁴¹ Ambos, Kai, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Fontamara, México D.F., 2008, p. 34.

el que el sentido de justicia no figura¹⁵⁴², a menos que vaya acompañada de un proceso de reconciliación nacional en el que el término justicia sea empleado en ese contexto y no en términos punitivos¹⁵⁴³. En todo caso, la concepción de amnistías absolutas difícilmente satisface estos requisitos¹⁵⁴⁴.

Por consiguiente, en relación a las amnistías, el poder penal internacional encara dos desafíos persistentes desde que el proceso de humanización del derecho internacional hizo su aparición con el surgimiento de normas relativas al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos. Dichos desafíos se mueven en dos direcciones opuestas: el primero es que, a falta de una mención expresa en el Estatuto de Roma, los Estados Partes tienen el deber de perseguir los crímenes de la competencia de la Corte, como enuncian los párrafos cuarto y sexto del preámbulo, pues, como se ha afirmado, el Estatuto de Roma es un conglomerado de normas imperativas por las que los Estados están obligados a promover su cumplimiento sean Partes o no, porque casi la totalidad de ellas forman parte del derecho internacional consuetudinario como normas de *ius cogens*, no en vano advierte el artículo 29 de dicho Estatuto que la responsabilidad internacional penal del individuo no excluye la responsabilidad internacional del Estado conforme al derecho internacional, dígase concretamente de los tratados y convenciones internacionales que obligan a los Estados Partes a perseguir y castigar a los responsables de los crímenes que lo sustentan, o bien extraditar para que otro Estado interesado lo haga en su lugar; y el segundo reto tiene que ver con lo expresado por el profesor Arsanjani, quien apunta que las amnistías muchas veces son el único remedio para sacar a los tiranos y sus adeptos del sufrimiento de una población devastada por la guerra y la violencia, ante la pasividad internacional para enfrentar las incontables violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos¹⁵⁴⁵. En ese escenario podemos incluir los ejemplos de los regímenes autoritarios latinoamericanos ya citados y sus amnistías, sin lo cual hubiera sido muy difícil contar hoy con sus democracias consolidadas, de lo cual en Europa España es otro modelo.

¹⁵⁴² Arsanjani, Mahnoush H., "The International Criminal Court and National Amnesty Laws", en *American Society of International Law Proceedings, Annual Meeting*, vol. 93, 1999, pp. 65-68 (67).

¹⁵⁴³ Majzub, Diba, "Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court", *loc. cit. supra* en nota 1536, p. 271.

¹⁵⁴⁴ Darryl, Robinson, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *EJIL*, vol. 14, n. 3, 2003, pp. 481-505 (484).

¹⁵⁴⁵ Arsanjani, Mahnoush H., "The International Criminal Court and National Amnesty...", *loc. cit. supra* en nota 1542, pp. 65-66.

Por tanto, el poder penal internacional y la Corte tendrán que lidiar con estos ejemplos que aún persisten hoy día, y África puede ser un escenario adecuado debido a que se están repitiendo los mismos escenarios que en la América Latina de los regímenes militares y autoritarios. En suma, la Corte tendrá que trabajar con mucha cautela entre mantener los deseos de justicia de la comunidad internacional y las amnistías que sean el resultado del advenimiento de procesos democráticos con alto apoyo popular, como lo acontecido en Sudáfrica y su Comisión de la Verdad con amnistía a la vez, a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

IV. Comisiones de la verdad y de reconciliación nacional, su función investigadora, eficacia e incidencia con la labor de la CPI

Las comisiones de la verdad y reconciliación nacional son mecanismos no represivos a los que han tenido que recurrir diversos Estados en las últimas décadas de los posconflictos armados internos, con el objeto de contribuir a que se conozca la verdad de los horrendos crímenes cometidos, sobre todo contra las personas civiles y la población civil, muchas veces silenciados por los abusos de amnistías generales y la inactividad de los tribunales estatales, en cuyo contexto ha sido muy difícil la rendición de cuentas, siendo los principales factores la carencia de jueces independientes e imparciales, el colapso del sistema judicial, la destrucción de pruebas, la dificultad en las investigaciones policiales, la falta de recursos humanos especializados, la ausencia de motivación política, el temor de las víctimas a nuevas represalias, etc.¹⁵⁴⁶, dejando a los afectados en un desamparo legal y muchas veces sin reparación y compensación.

¹⁵⁴⁶ Otras de las posibles causas son, de acuerdo con Majzub: las fuerzas armadas aún continúan bajo el control de las autoridades salientes; existe un alto grado de tensión en el que la persecución de las autoridades salientes puede llevar a que se cometa un golpe de Estado, y ello a su vez desencadenaría un conflicto armado en el que las violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos podrían dañar la economía y las infraestructuras del país; los juicios no podrían ser eficientes porque las pruebas fueron destruidas y los testigos han muerto o desaparecido, y la imparcialidad e independencia de los jueces y fiscales puede quedar comprometida por falta de institucionalidad, además de la falta de organismos especializados de investigación, jueces, abogados, etc. para hacer frente a las nuevas acusaciones desatadas por las víctimas, véase Majzub, Diba, “Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court”, *loc. cit. supra* en nota 1426, p. 259. El autor corrobora la tesis de Paul van Zyl, quien proclama que sería irresponsable impulsar la rendición de cuentas de los acusados si se tiene la percepción de que ello desestabilizaría el Estado y sus instituciones, dando origen a un nuevo conflicto armado provocando muerte y destrucción generalizada de personas civiles y bienes. Al respecto ver van Zyl, Paul, “Justice without Punishment: Guaranteeing Human Rights in Transitional Societies” en *Looking Back, Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Charles Villa-Vicencio and Wilhelm Verwoerd (eds.), University of Cape Town Press, Cape Town, 2000, pp. 42-57 (42-43).

Por tanto, ante la incertidumbre de que los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario mientras se desarrollaba un conflicto armado interno o de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos por regímenes opresores queden imposibilitados de ser sometidos a la justicia, se ha demostrado que las comisiones de la verdad y reconciliación nacional son el modo idóneo para que se haga público el sufrimiento de las personas víctimas ante tales situaciones. En ese sentido, la forma utilizada para dar a conocer la verdad, generalmente en espacios abiertos al público, consiste en recabar todas las informaciones posibles sobre las causas y consecuencias de esa etapa que vivió la sociedad durante sus años oscuros, para crear compromiso de no repetición y en ocasiones abrir el camino para que la justicia actúe, o bien pretende ser un modelo alternativo a los procesos judiciales de gran envergadura, cuando las nuevas autoridades de transición y la sociedad en general comprenden que la acción punitiva no contribuiría a la reconciliación nacional y al restablecimiento de una paz duradera.

Las acciones de estas comisiones, cuyo trabajo puede ser de corta o larga duración, dependen de un decreto o ley fundacional, y cuentan con muchas limitaciones cuando sus objetivos son amplios, por lo cual durante su función reúnen, analizan y documentan todas las pruebas posibles hasta elaborar un informe analítico y descriptivo que, dependiendo de su mandato, recomiendan someter a la justicia a los responsables o bien compensar a las víctimas, rendirles homenaje y promover garantías de no repetición mediante reformas estructurales de la justicia y, como fin último, impulsar la reconciliación nacional. Así, se han establecido desde 1970 a 2010 unas cuarenta comisiones de este tipo según un novedoso estudio publicado por Amnistía Internacional que tiene por finalidad abrir el debate de estas comisiones como complemento de la justicia penal¹⁵⁴⁷.

En América Latina, por ejemplo, se han establecido importantes comisiones de la verdad de tipo oficial que cambiaron el contexto político y social de entonces al evitarse que se produjeran nuevos episodios de conflictos armados y gobiernos dictatoriales, que degeneraran en violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho

¹⁵⁴⁷Amnistía Internacional, *Comisionar la Justicia: Las Comisiones de la Verdad y la Justicia Penal*, Amnesty International Publications /Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2010. En otro estudio se anuncian unas cincuenta comisiones desde 1974 a 1994, en el que podemos ver un análisis sobre las causas y consecuencias de estas, véase Hayner, Priscilla B., *Fifteen Truth Commissions-1974 to 1994: A Comparative Study*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n. 4, 1994, pp. 597-655.

internacional de los derechos humanos, como las ocurridas en tiempos pasados; en otro orden también contribuyeron a reformar el aparato judicial del Estado, a impulsar la implementación de reformas judiciales o de leyes penales y en su caso modificar las existentes, así como a diseñar mecanismos de reparaciones a las víctimas. Por otro lado, las comisiones carecían de mandato judicial de tipo acusatorio, solamente se limitaban a hacer públicos sus informes, por lo que dependía de las autoridades estatales competentes iniciar las persecuciones de rigor, no obstante las consecuencias que ello pudiera tener.

Como muestra de lo anterior, destacamos los precedentes principalmente de Argentina¹⁵⁴⁸ y Chile¹⁵⁴⁹, donde los juicios contra los responsables fueron poco convincentes¹⁵⁵⁰, como una manera de evitar que las autoridades salientes junto al clima de tensión existente provocaran estallidos sociales o conflictos armados, forzando a que los deseos de justicia fueran manejados con mucha moderación¹⁵⁵¹. Pese a ello, en Argentina, durante el gobierno del presidente Raúl Alfonsín, se produjeron importantes condenas a miembros de las “Juntas Militares”, siendo después indultados en 1990 por el presidente sucesor Carlos Menem¹⁵⁵². En el caso de Chile, personas influyentes aún seguían controlando algunas instituciones, como Augusto Pinochet que continuó siendo jefe de las Fuerzas Armadas¹⁵⁵³, posibilitando la impunidad de él y sus más cercanos colaboradores, siendo a partir de 1998 cuando se iniciaron las primeras acusaciones¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁴⁸ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas creada en 1983 - informe “Nunca Más” publicado en septiembre de 1984. Ver informe en: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamam/unncamam.html>, fecha de consulta 8 de abril de 2014.

¹⁵⁴⁹ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación creada en 1990, informe publicado en febrero de 1991. Ver informe en varios volúmenes en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/informe-rettig.htm>, fecha de consulta 24 de abril de 2014.

¹⁵⁵⁰ Goldstone, Richard J., “Past Human Rights Violations: Truth Commissions and Amnesties or Persecutions, The MacDermott Lecture 1999”, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, n. 2, 2000, pp. 164-173 (169).

¹⁵⁵¹ Dugard, John, “Reconciliation and Justice: The South African Experience”, en *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 8, n. 2, 1998, pp. 277-311 (285).

¹⁵⁵² Font, Enrique, “Confrontando los Crímenes del Estado, Poder, Resistencia y Luchas Alrededor de la Verdad: Las Madres de Plaza de Mayo”, en *Derechos Humanos*, Héctor Gaspari (director), editorial Juris, Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la U.N.R., Argentina, 2001, pp. 103-170 (110 y ss.).

¹⁵⁵³ van Zyl, Paul, “Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission”, en *Journal of International Affairs*, vol. 52, n. 2, 1999, pp. 647-668 (648).

¹⁵⁵⁴ Sobre la pasividad política y sus causas para evitar encausar a los responsables véase Loveman, Brian y otros, *Historia; política y ética de la verdad en Chile, 1891-2001: reflexiones sobre la paz social y la impunidad*, Lom ediciones, Santiago, 2001, p. 19 y ss., también, en general véase a Loveman, Brian y Lira, Elizabeth, *El Espejismo de la Reconciliación Política: Chile 1990-2002*, LON, Santiago de Chile, 2002.

En El Salvador¹⁵⁵⁵, también los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos permanecieron en el poder¹⁵⁵⁶, y en ese sentido era imposible que estos fuesen procesados. Situación parecida se vivió en Uruguay¹⁵⁵⁷, donde hubo impunidad total, inclusive consentida por la propia población mediante el respaldo a la Ley de Caducidad de Pretensión Punitiva del Estado, conocida como “Ley de la Impunidad”¹⁵⁵⁸. En Bolivia¹⁵⁵⁹, la situación fue distinta, pues se lograron importantes condenas de grandes personalidades aunque varios años después de haber dejado de formar parte del sistema político de entonces, siendo el más connotado el hecho de que la Corte Suprema de Justicia en abril de 1993 condenara al dictador Luis García Meza, su ministro del interior y otras cincuenta y seis personas por genocidio y crímenes contra la humanidad de desapariciones forzadas, asesinatos, torturas y otros¹⁵⁶⁰. En Guatemala¹⁵⁶¹, los militares continuaron teniendo influencia en la vida política de la sociedad, mientras la impunidad reinó entre leyes de amnistías y el silencio de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, a la que le estaba prohibido citar nombres¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁵ Comisión de la Verdad creada en 1991, informe publicado en marzo de 1993, ver en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm>, fecha de consulta 24 de abril de 2014.

¹⁵⁵⁶ Pokin, Margaret, “The Salvadoran Truth Commission and the Search for Justice”, en *Criminal Law Forum*, vol. 15, n. 1, 2004, pp. 1-20 (2).

¹⁵⁵⁷ No hubo comisión de la verdad, pero sí a nivel parlamentario se crearon la Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron y la Comisión Investigadora sobre Secuestro y Asesinato, por los asesinatos de dos legisladores, ambas en 1985. Véase Allier Montaño, Eugenia, La (no) Construcción de Memorias Sociales sobre el Exilio, en *Memorias de la Violencia en Uruguay y Argentina: Golpes, Dictaduras, Exilios (1973-2006)*, Eduardo Rey Tristán (dir.), Universidad Santiago de Compostela, 2007, pp. 273-292 (277).

¹⁵⁵⁸ Michelini, Felipe, “El Largo Camino de la Verdad”, en *IIDH*, vol. 24, 1996, pp. 158-172 (161-162), también, Pizarro, Eduardo, “Responsabilidades: Colombia y la Comunidad Internacional: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”, en *Las Víctimas Frente a la Búsqueda de la Verdad y Reparación en Colombia*, Guillermo Hoyos Vásquez (edit.), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 231-244 (233).

¹⁵⁵⁹ Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados creada en 1982, informe nunca publicado debido a su temprana disolución, ver Hayner, Priscilla B., *Verdades Innombrables: El Reto de las Comisiones de la Verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 89-90.

¹⁵⁶⁰ Roht-Arriaza, Naomi, “Conclusion: Combating Impunity”, in *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Naomi Roht – Arriaza (edit.), Oxford University Press, New York, The United States of America, 1995, pp. 281-304 (295-296).

¹⁵⁶¹ Comisión para el Esclarecimiento Histórico creada en 1994, publicación del informe en 1999 en varios volúmenes, ver en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/guatemala/informe-REMHI.htm>, fecha de consulta 24 de abril de 2014.

¹⁵⁶² Kemp, Susan, “The Inter-Relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the Search for Justice in National Courts”, en *Criminal Law Forum*, vol. 15, n. 1-2, 2004, pp. 67-103 (83-85); Jowdy, Gregory, “Truth Commissions in El Salvador and Guatemala: A Proposal for Truth in Guatemala”, en *International Law and Human Rights Edition*, vol. 17, n. 2, 1997, pp. 285-330.

Dicho esto, la pregunta que surge es en qué medida influirán las investigaciones realizadas por estas comisiones sobre la admisibilidad o no de un caso ante la CPI, cuando éstas hayan sido creadas por Estados Partes a partir de su entrada en funcionamiento y para crímenes cometidos dentro de la jurisdicción de la Corte. Como ya se ha analizado, el artículo 17 del Estatuto proclama que la Corte al resolver sobre la admisibilidad de un caso tendrá en cuenta si ha sido o está siendo objeto de investigación, lo que equivale decir “investigación criminal”, y en ese sentido, como las comisiones no son órganos jurisdiccionales, la Corte podrá ejercer su competencia a título complementario, a menos que éstas hayan sido establecidas como mecanismos alternativos de justicia, y dentro sus fines se encuentre incoar acciones penales contra los acusados, lo cual, aún así, en última instancia dependerá de la voluntad del Estado¹⁵⁶³. Entonces, reiteramos, es la falta de voluntad del Estado lo que *in fine* determinará si la Corte procederá a investigar o se abstendrá de hacerlo y, de acuerdo con Majzub, la revelación de la verdad por parte de una comisión en la cual su función constituya únicamente ese propósito, no detendrá la iniciación de una investigación por parte de la Corte¹⁵⁶⁴.

Otro caso son las comisiones *cuasijudiciales*, llamadas así porque no solamente fueron diseñadas para investigar y contar los hechos, sino también para analizar la naturaleza de los crímenes cometidos y en base a ello conceder amnistías o denegarlas. Tal es el ejemplo de Sudáfrica, cuya Comisión de la Verdad y de Reconciliación otorgaba o denegaba amnistías tomando en cuenta la gravedad de los delitos, los motivos del delincuente y la relación del acto con la política¹⁵⁶⁵, entregaba a la fiscalía los nombres y hechos de algunos supuestos responsables, además de poseer la orden de citar a comparecer y en su caso ordenar aprehender al supuesto responsable si éste se negaba a acudir, del mismo modo, tenía el poder de realizar pesquisas e incautaciones, etc.¹⁵⁶⁶. Asimismo, si un individuo había sido sometido ante un tribunal por su relación con la política del apartheid y en medio del proceso era amnistiado por la Comisión, el tribunal

(303); Cassel, Douglass, “Lessons from the Americas: Guidelines...”, *loc. cit. supra* en nota 1514, pp. 197-230, pp. 224-222.

¹⁵⁶³ Seibert-Fohr, Anja, “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court...”, *loc. cit. supra* en nota 1506, p. 568.

¹⁵⁶⁴ Majzub, Diba, “Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court”, *loc. cit. supra* en nota 1536, p. 268.

¹⁵⁶⁵ *Ibidem*, pp. 261-262.

¹⁵⁶⁶ Shea, Dorothy, *The South African truth Commission: The Politics of Reconciliation*, United States Institute of Peace, United States of America, 2000, pp. 50-51; Dugard, John, “Reconciliation and Justice: The South African Experience”, *loc. cit. supra* en nota 1551, p. 307.

debía suspender inmediatamente la causa, ya que en ese aspecto tenía supremacía respecto a los tribunales nacionales¹⁵⁶⁷.

De la misma manera, la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional de Sierra Leona, aparte de realizar investigaciones sobre la naturaleza de las violaciones e informar sobre ello, podía realizar las averiguaciones que considerara oportunas y pedir declaraciones a cualquier organismo o persona y, en caso de no obtemperar a ello, acusarlos ante el Tribunal Superior de Sierra Leona de desacato¹⁵⁶⁸. De hecho, tenía poderes tan altos que hubo confrontaciones con el TESL recién creado, tanto que se hablaba de dos justicias paralelas hasta que el Secretario General intervino diciendo que ambos deben complementarse y respetar sus distintas funciones¹⁵⁶⁹.

Por tanto, la comisiones de la verdad con las facultades señaladas posiblemente serán tomadas en consideración para que el Fiscal, teniendo en cuenta su poder discrecional de decisión, se abstenga de iniciar una investigación de acuerdo a los incisos (b) y (c) del artículo 53, o de que la Corte dé curso a una investigación en relación a una amnistía concedida por la comisión y entre en conflicto con el Fiscal, lo cual iría acorde con la función complementaria de la Institución Judicial¹⁵⁷⁰, sin perjuicio de que posteriormente la Sala de Cuestiones Preliminares decida revisar la decisión del Fiscal de acuerdo al artículo 19 (1).

En efecto, estas comisiones no deberían ser el complemento a un sistema judicial cuando se supone existen mecanismos legales para que las víctimas puedan ser escuchadas; pero cuando el Estado y sus órganos competentes no pueden o no quieren cumplir con ese derecho, las comisiones se convierten en un método alternativo al menos para conocer la verdad, establecer un registro y difundir la información¹⁵⁷¹. En América Latina la Corte IDH ha reconocido en varias ocasiones que el Estado debe garantizar a los familiares de las víctimas y a la sociedad el conocer la verdad como una

¹⁵⁶⁷ Goldstone, Richard J., "Past Human Rights Violations: Truth Commissions and Amnesties...", *loc. cit. supra* en nota 1550, p. 169.

¹⁵⁶⁸ Majzub, Diba, "Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court", *loc. cit. supra* en nota 1536, p. 273.

¹⁵⁶⁹ Evans, Christine, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, United Kingdom, pp. 174-175.

¹⁵⁷⁰ Roche, Declan, "Truth Commission Amnesties and the International Criminal Court", en *British Journal of Criminology*, vol. 45, n. 4, 2005, pp. 565-581 (568).

¹⁵⁷¹ Bassiouni, M. Cherif, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 4, n. 4, 1996, pp. 9-28 (20).

forma de reparación, facilitando al mismo tiempo la no repetición, y según las circunstancias de cada caso establecer responsabilidades¹⁵⁷².

Por consiguiente, cabe reiterar que las comisiones de la verdad y de reconciliación en sociedades en transición, se han convertido en el mejor aliado para la consecución de la paz y la reconciliación nacional, independientemente de si las investigaciones e informaciones extraídas conducen a la rendición de cuentas; y es precisamente ése el fin último por el que dichas sociedades deben luchar. Si bien es cierto que, como hemos analizado, las violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos no deben quedar impunes porque constituyen una afrenta a la colectividad humana civilizada; la comunidad internacional debe entender que para lograr ese cometido no se puede pretender que esa aspiración sea necesariamente resuelta por los propios ciudadanos de los Estados recién salidos de una dictadura o de un conflicto armado, sino que se necesita de su apoyo y cooperación para lograrlo.

Los conflictos armados en la antigua Yugoslavia y Ruanda demostraron que, sin la cooperación y esfuerzo de la comunidad internacional en la rendición de cuentas de los acusados por los crímenes más graves, los perpetradores hubieran quedado impunes de sus delitos, y la reconciliación nacional a corto plazo tampoco fuera uno de sus mayores logros. Así pues, regresando al continente africano, donde se desarrollan conflictos armados interminables en Libia, Mali, Níger, Nigeria, Chad, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Sudán del Sur y Sudán, así como a los conflictos armados en Oriente Próximo (Siria y Irak), Oriente Medio (Afganistán y Pakistán), y Colombia en Sudamérica¹⁵⁷³, todos ellos difícilmente puedan resolver sus diferencias sin la ayuda y cooperación internacional, donde la justicia, la reconciliación y la paz serán los principales puntos a tomar en cuenta.

¹⁵⁷² Por ejemplo, algunas sentencias importantes son: *Ximenes-Lopes contra Brasil*, de 4 de julio de 2006, p. 87, par. 245; *Blanco-Romero y otros v. Venezuela*, de 28 de noviembre de 2005, p. 43, par. 95; *Gómez-Palomino v. Perú*, de 22 de noviembre de 2005, p. 32, par. 78; *Comunidad; Masacre de Mapiripán v. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005, p. 170, par. 297; *Moiwana v. Suriname*, de 15 de junio de 2005, p. 84, par 204; *Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*, de 22 de noviembre de 2004, p. 83, pars. 127-128; *Barrios Altos v. Perú*, de 14 de marzo de 2001, p. 16, par. 48; *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, de 25 de noviembre de 2000, p. 82, par. 201, entre otras.

¹⁵⁷³ Véase cuadro ilustrativo en artículo de El País publicado a finales de 2013, “Focos de Tensión en el Mundo: Puntos de fricción, conflictos http://elpais.com/elpais/2013/12/27/media/1388174643_201224.html, fecha de consulta 14 de abril de 2014.

En ese sentido se ha demostrado por la experiencia de Latinoamérica y Sudáfrica que la máxima “no hay paz sin justicia”, no siempre es la línea a seguir en tiempos de transición democrática o de reciente salida de un conflicto armado, por lo que los deseos de la comunidad internacional a veces se ven frustrados cuando los Estados sometidos a este escenario tienen que decidir entre la paz o la justicia. Por tanto, llegado el momento de transigir escogiendo la paz, aquí es cuando el tema de las amnistías y la comisiones de la verdad y reconciliación deben jugar un papel esencial si lo que se desea es llegar a un entendimiento creíble, pacífico y duradero de transición política. Dicho esto, las comisiones de la verdad y de reconciliación nacional no pueden verse como un fenómeno de impunidad porque la impunidad es una cuestión de Estado y de los órganos jurisdiccionales falto de independencia e imparcialidad.

V. Inmunidades de jurisdicción por el cargo oficial y la inmunidad de los Estados como obstáculo en la persecución de los crímenes internacionales

Como se ha podido analizar, existen varios factores que impiden hacer efectiva la responsabilidad internacional penal del individuo por la perpetración de violaciones graves del derecho internacional humanitario en los conflictos armados internos. Así, por un lado, hemos visto que las amnistías nacionales constituyen un obstáculo para este propósito, mientras que el trabajo de las comisiones de la verdad establecidas para revelar, esclarecer la verdad y hacer recomendaciones no siempre contribuyen a la rendición de cuentas ante la justicia estatal. Ahora, otra dificultad se suma a esta complejidad, es la inmunidad de jurisdicción penal de un reducido número de personas especiales con funciones en el extranjero, las cuales están exentas de que en un determinado momento puedan ser procesadas penalmente por los tribunales de otros Estados precisamente haciendo uso del ejercicio de la jurisdicción universal. Todas estas limitaciones podrían, como es de conocimiento, ser causa mayor de impunidad, y es precisamente lo que la comunidad internacional desea evitar, por lo que ha puesto su confianza en la CPI y la ONU, principales garantes de la protección de los derechos humanos en el mundo, y de otro lado, en el continuo desarrollo progresivo del derecho internacional.

La inmunidad de jurisdicción penal, y civil en algunos casos, es reconocida por el derecho internacional consuetudinario, siendo consustancial a la existencia misma del Estado, hoy protegida por el principio internacional *par in parem non habet imperium*,

según el cual los Estados poseen el mismo estatus en independencia, igualdad y dignidad. Para el caso que nos ocupa, la inmunidad de jurisdicción penal es aquella de la que disfrutaban los funcionarios estatales especiales, como los agentes consulares y diplomáticos, misiones especiales, ministros de asuntos exteriores, jefes de Estado y de gobierno, y cualquier otra persona que actúa en representación de su gobierno, de los procesos penales que pudieran surgir del ejercicio de sus funciones oficiales.

Sin embargo, regresando a la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones de normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección de las personas civiles y la población civil en los conflictos armados internos, resulta difícil asimilar que, considerando lo que la comunidad internacional ha podido lograr al permitirse perseguir por distintos mecanismos a las personas responsables de ciertas violaciones graves, puedan al mismo tiempo estas personas estar exentas de persecución penal internacional mientras exhiban inmunidad *ratione personae*. El ejemplo paradigmático lo constituyó el caso *Yerodia*, donde la orden de arresto emitida por el juez belga el 11 de abril de 2000 contra el ciudadano congolés Abdoulaye Yerodia Ndmnasi, tenía como fundamento la incitación para cometer genocidio y supuestas violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en 1998 durante el desarrollo de un conflicto armado interno e internacional, mientras el susodicho ostentaba el cargo de ministro de relaciones exteriores de la RDC. Como es sabido, para la mayoría de los jueces de la CIJ, dicha orden de arresto violaba la inmunidad de jurisdicción del Estado en tanto que el ministro estaba protegido por la inmunidad *ratione personae* de su cargo.

No obstante, hay unanimidad en reconocer que esta inmunidad subsiste solamente mientras la persona desempeña su cargo; por ejemplo, la Audiencia Nacional de España rechazó en 2003 y 2007 procesar a los presidentes Hugo Chávez Frías y Fidel Castro respectivamente por su condición de jefes de Estado¹⁵⁷⁴; asimismo es de citar el caso *Ghaddafi* ante la Corte Francesa de Casación¹⁵⁷⁵: en relación a las funciones oficiales mientras ocupaba su cargo, hemos manifestado que puede ser perseguido si éstas le

¹⁵⁷⁴ Ollé Sesé, Manuel, Justicia Universal para Crímenes Internacionales..., *loc. cit. supra* en nota 1462, p. 82, notas a pie de página 36 y 37.

¹⁵⁷⁵ Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Heidelberg, 2005, pp. 262 y ss.; también Zappalá, Salvatore, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation", en *EJIL*, vol. 12, n. 3, 2001, pp. 595-612.

llevan a cometer crímenes internacionales graves¹⁵⁷⁶, al no considerarse parte de sus funciones oficiales –y no obstante la ambigüedad existentes entre los actos públicos y los privados¹⁵⁷⁷, carece de sentido establecer la diferencia si se trata de la comisión de esos crímenes-, como lo atestiguó el Comité Judicial de la Cámara de los Lores del Reino Unido contra Pinochet, el 25 de noviembre de 1998, confirmado el 24 de marzo de 1999 en relación a la tortura, siendo esa una de las referencias más notables del citado caso¹⁵⁷⁸, que guarda similitud con el caso *Noriega*, ex dictador panameño, juzgado en Estados Unidos porque este último país nunca reconoció la legitimidad del gobierno golpista (1983-1989), además de que la acusación en su contra versó sobre tráfico ilegal de estupefacientes, no considerado por los jueces estadounidenses como actos oficiales¹⁵⁷⁹.

A sensu contrario, el principio de inmunidad penal del que gozan las personas arriba señaladas mientras desempeñan su cargo, no podría ser alegado ante un tribunal penal internacional. Por ejemplo, los Estatutos de los tribunales panales internacionales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda, del mismo modo que lo hicieron en su día los Estatutos de los tribunales de Nüremberg y Tokio, excluyen taxativamente la inmunidad de jurisdicción penal que pudiera tener cualquier individuo sin importar su cargo; por tanto, es un hecho que ante tribunales de estas características dichas inmunidades son inoperantes, pues no afectan al principio *par in parem non habet imperium*, a lo que habría que añadir también el discutible fallo del TSSL contra Charles Taylor en mayo de 2004¹⁵⁸⁰; y, en última instancia, el ECPI también excluye la inmunidad por el cargo oficial¹⁵⁸¹. Todo ello se considera un paso muy positivo que busca acabar con la impunidad creada por la inmunidad de jurisdicción penal, como ya la CPI puso en evidencia en las órdenes de detenciones libradas contra influyentes personalidades en el

¹⁵⁷⁶ Cassese, Antonio, “When May Senior State Officials Be Tried...”, *loc. cit. supra* en nota 723, p. 864.

¹⁵⁷⁷ Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la Humanidad: La Lucha por una Justicia Global*, Siglo XXI, Madrid, España, 2008, p. 348.

¹⁵⁷⁸ Ball, Olivia y Gready, Paul, *Los Derechos Humanos*, traducido por Escarlata Guillén de la versión inglesa *Human Rights*, New Internationalist, Publications Ltd., Oxford, Reino Unido, 2006, p. 84.

¹⁵⁷⁹ Lagos Erazo, Jaime, *El ‘Caso Pinochet’ Ante Las Corte Británicas*, Editorial Jurídico de Chile, Chile, 1999, p. 30; respecto al caso Noriega, véase *United States v. Noriega*, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, Plaintiff-Appellee v. Manuel Antonio Noriega, Defendant Appellant, Nos. 92-4687, 96-4471, III (A) (1), July 7 1997, en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1089768.html>, fecha de consulta 01 de mayo de 2014.

¹⁵⁸⁰ *Prosecutor v. Charles Taylor* (SCSL-2003-01-I), Decision on Immunity from Jurisdiction, Appeals Chamber, *loc. cit. supra* en nota 725, pp. 18 y ss. y pp. 51 y ss., pars. 37 y ss.

¹⁵⁸¹ Como es sabido, la exclusión de esta inmunidad podría derivar por igual en la responsabilidad internacional del Estado por los hechos ilícitos de sus agentes.

norte de Sudán, siendo el más destacado su jefe de Estado Omar Hassan Ahmad Al Bashir, y por otro lado, las órdenes de comparecencia contra el presidente y vicepresidente de Kenia Uhuru Kenyatta y William Samoei Ruto, respectivamente.

Por consiguiente, se puede argumentar, por un lado, que la inmunidad de jurisdicción penal por el cargo oficial, si bien tiene como objetivo que el Estado pueda disfrutar sin limitaciones del libre ejercicio de su soberanía, lo cual es esencial para las relaciones internacionales entre los Estados en un mundo cada vez más global e interdependiente, en el cual la persecución internacional penal del crimen por violaciones graves podría suponer un obstáculo a ese propósito, por otro lado, constituye otro paso negativo en la lucha contra la impunidad y una afrenta a la justicia y a las víctimas, sobre todo porque a lo largo de las últimas décadas han aflorado los conflictos armados internos, en los que más del noventa por ciento de las muertes provocadas son personas civiles. Los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos han encontrado un refugio en las inmunidades, lo que les permite estar protegidos contra persecuciones penales en terceros Estados por tiempo indefinido mientras permanezcan en el cargo¹⁵⁸², y probablemente nunca serán juzgados, porque las leyes nacionales les protegen también a través de inmunidades nacionales y aforamientos en el derecho interno, siendo esto último otro de los mayores problemas de la persecución penal nacional, porque a una persona aforada se le permite ser juzgada sólo por altos tribunales, cuyos jueces son designados por el parlamento o consejos *ad hoc* formados y dirigidos por políticos, lo cual repercutirá indudablemente en una decisión judicial posterior en la que se vea involucrado el presunto delincuente.

Por otra parte, el problema de fondo en lo concerniente a las inmunidades es la polémica que suscita entre preservar la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus agentes, que es de naturaleza consuetudinaria, y lo referente a la persecución de los crímenes internacionales graves de carácter de *ius cogens*. Como hemos apuntado, en los últimos años la jurisprudencia se ha decantado por establecer que la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus agentes en el exterior prevalece sobre la persecución inmediata de los crímenes internacionales de *ius cogens*, dejando la posibilidad de que los mismos puedan ser perseguidos para cuando el beneficiario de dicha inmunidad ya no ostente el

¹⁵⁸² Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional...*, *loc. cit. supra* en nota 219, p. 1265.

cargo oficial; situación esta que coloca a las víctimas en estado de indefensión y desamparo, e incluso sin poder solicitar reparación económica mediante una demanda civil contra el Estado del presunto criminal, como así lo reconoció al TEDH en el caso *Al Adsani v. Reino Unido*¹⁵⁸³ y más recientemente la CIJ en el caso *Alemania v. Italia*¹⁵⁸⁴.

Por tanto, de momento, el derecho internacional y la práctica estatal coinciden con esta posición, pero ya están surgiendo voces encaminadas a limitar las inmunidades con respecto a los crímenes internacionales más graves ya conocidos. Por ejemplo, en 1998 la Sexta Comisión de la Asamblea General de la ONU designó un grupo de trabajo que se encargase de elaborar un informe sobre el estado de las inmunidades jurisdiccionales, y en su estudio presentado anexo junto al informe de la CDI de 1999, abogó porque dichas inmunidades fuesen limitadas cuando se tiene que hacer frente a la persecución de violaciones graves de los derechos humanos de naturaleza de *ius cogens*, en especial la tortura¹⁵⁸⁵; sin embargo, parece ser que el fallo de la CIJ en el célebre caso *Yerodia* en 2002 incidió para que la propuesta no figurara en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes de 2 de diciembre de 2004.

Por consiguiente, y por el momento, la comunidad internacional debe seguir centrando su acción en instar a los Estados a que cumplan con los compromisos asumidos en los tratados internacionales que promueven la persecución internacional penal del individuo por la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido, se ha afirmado que el establecimiento de la CPI ha significado un paso adelante en la lucha contra la

¹⁵⁸³ TEDH, Case of Al-Adsani v. United Kingdom (Application no. 35763/97), Judgment 21 November 2011. Véase comentarios en Bou Franch, Valentín, “Inmunidad del Estado y Violación de Normas Internacionales de Jus Cogens: El Asunto Al-Adsani contra Reino Unido”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 279-303; Sánchez Legido, Ángel, “*Ius Cogens* Inmunidad Soberana y Jurisdicción Extraterritorial: El Asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 21 de noviembre de 2001, Asunto Al-Adsani c. Reino Unido)”, en *REDI*, n. LIII -1/2, 2001, pp. 313-330.

¹⁵⁸⁴ CIJ, *Germany v. Italy: Greece Intervening*, Jurisdictional Immunities of the State, Judgment 3 February 2012. Véase al respecto a Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Inmunidad en el Derecho Internacional: Un Lento Proceso de Evolución. Comentario a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Alemania vs. Italia, 2012”, en *Revista Tribuna Internacional*, vol. 2, n. 4, 2013, pp. 113-138.

¹⁵⁸⁵ Doc. A/54/10, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2), Suplemento 10, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones (3 de mayo - 23 de julio de 1999), vol. II, parte II, pp. 158-182 (182).

impunidad, sobre todo porque puede desempeñar su función sin importar el cargo oficial de la persona acusada; sin embargo, esta institución judicial internacional depende precisamente de la cooperación de los Estados en la materia, sobre todo porque carece de instrumentos de detención de las personas inculpadas. Por otra parte, todavía cerca de la mitad de los Estados del mundo no son partes en el Estatuto de Roma, por lo que la comunidad internacional debe continuar presionando, por todos los medios posibles de acuerdo al derecho internacional, para que los Estados ejerzan su jurisdicción sobre las personas que han cometido crímenes internacionales graves sin importar su cargo oficial.

Además, otra de las causas que limitan el ejercicio de la jurisdicción de la CPI sobre todo en relación a la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus agentes, es que el mismo Estatuto de Roma en su artículo 98 contempla que ésta no dará curso a una investigación cuando el Estado Parte deba cumplir con sus compromisos internacionales asumidos en un tratado, disposición que deberá aplicar el Estado Parte respecto de aquéllos que no están vinculados por el Estatuto. En el señalado caso de Kenia, por ejemplo, existe la incertidumbre de saber qué pasará con los procesos abiertos un año después de que dicho Estado haya denunciado el Estatuto de Roma, iniciado en septiembre de 2013. De acuerdo al artículo 127 del Estatuto, la Corte podrá continuar con las investigaciones iniciadas antes de la denuncia, máxime cuando ésta surtirá efecto un año después de haberse solicitado; sin embargo, existe la duda razonable de saber en qué medida las obligaciones contraídas por los Estados Partes quedarán frustradas cuando tenga que enfrentarse a una orden de detención y entrega de un alto cargo revestido de inmunidad de Estado o diplomática contra un ex Estado Parte? ¿Estará el Estado Parte obligado a cooperar con la CPI, o simplemente abstenerse en tanto reconozca la inmunidad de Estado o diplomática de la persona contra quien media la acusación y orden de entrega? Sin duda, el caso de Kenia será muy relevador en ese sentido en el futuro próximo, dado que los acusados habrán de transitar libremente por otros Estados en sus visitas públicas o privadas.

Sección Segunda. Reparación a las víctimas en caso de violaciones graves de normas de derecho internacional humanitario relativas a la protección de las personas civiles en los conflictos armados internos

I. Acerca del derecho a reparaciones de las personas civiles en su calidad de víctimas: un derecho ineludible

Una de las grandes preocupaciones y objetivos a perseguir por las víctimas de los conflictos armados, continuamente ignoradas por las autoridades competentes en el poder, es lo concerniente a las reparaciones. El problema de fondo ha sido la poca orientación del derecho internacional humanitario consuetudinario y de las disposiciones convencionales que rigen la materia, que han evitado referirse de forma detallada al derecho a reparaciones de las víctimas como individuos y no como Estado, es decir, de las personas afectadas directamente durante el conflicto, siendo las personas civiles en especial nuestro objeto de estudio. Es así porque el derecho internacional humanitario fue concebido para proteger a los heridos y enfermos en campaña, y más tarde también a las personas civiles y la población civil, y para lograr ese objetivo se intentó regular la guerra, prohibir el uso de ciertas armas y en su caso prevenir conductas que atentan gravemente contra la dignidad de la persona.

Sin embargo, como veremos, los Estados acomodaron las normas de tal forma que se considera a ellos como víctimas en vez de a las personas. Como consecuencia, el espíritu del derecho internacional humanitario se manejó desde la óptica del Estado como el único afectado, manteniendo esa postura también en caso de violación al *ius in bellum*. De esa manera, como también tendremos ocasión de analizar, el derecho a reparaciones en el caso de los conflictos armados internacionales se resolvía en las relaciones de Estado a Estado, es decir, de forma horizontal, por violaciones de los tratados que rigen la materia, cuyo incumplimiento daba origen a la responsabilidad internacional del Estado, y siempre había sido resuelto por la potencia ocupante o los vencedores de la guerra, que imponían su propia concepción de la justicia, atribuyendo a los vencidos los costes de las reparaciones económicas por la iniciación de la guerra, suficiente como para exonerarse todos ellos de las responsabilidades derivadas de sus infracciones al individuo, quien era víctima directa.

Pues bien, al analizar el origen del derecho a las reparaciones, nos encontramos con que el derecho internacional humanitario positivo había conferido ese derecho únicamente a los Estados signatarios de los tratados que rigen la materia. Esta tesis tiene su explicación, y es que las grandes batallas de la humanidad habían sido siempre por el dominio, el control o las conquistas territoriales, así como el uso de los recursos naturales, y hoy generalmente ocurren por la protección de los derechos humanos fundamentales.

En efecto, en los conflictos armados internacionales se propuso que en la persecución internacional penal del individuo ante un tribunal competente establecido a los fines oportunos, la demanda penal contra un individuo estuviera acompañada, si así fuera necesario, de una demanda de reparación a modo de indemnización a favor del Estado lesionado. Así se contempló de forma sucinta en el artículo 7 (1) del Proyecto de Convención para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente propiciado por el jurista Gustave Moynier en 1872, basado en violaciones a las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña.

Acto seguido se cita de manera genérica la obligación de indemnizar en el artículo 3 del Convenio IV de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, estableciendo ya la obligatoriedad de reparar, de igual manera en forma de reparación económica; del mismo modo, aquí lo que se pretende es que el Estado lesionado sea reparado, mas no el individuo afectado directamente. Bajo este alegato fue que en el caso *Leo Hamdel et al. v. Andrija Artukovic* el Tribunal de Distrito de Estados Unidos en California rechazó la demanda de compensación por supuestos daños y perjuicios sufridos por el reclamante durante la Segunda Guerra Mundial, en Croacia (antigua Yugoslavia, bajo ocupación alemana), por violación del Convenio IV de La Haya de 1907 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, Convenio de Ginebra de 1929 relativo al trato de los prisioneros de guerra, perpetración de crímenes contra la humanidad y violación de algunos artículos del Código Penal Yugoslavo. El caso es que, según el Tribunal, en cuanto a los primeros dos instrumentos reseñados ninguno de ellos confieren facultad al demandante para reclamar directamente (norma self-

executing)¹⁵⁸⁶, mientras que por otro lado los tribunales japoneses afirmaron lo mismo¹⁵⁸⁷.

Y es que, aunque no lo diga expresamente, el artículo 3 del Convenio IV de La Haya de 1907 atribuye el concepto “víctima” al Estado lesionado, descartando dicho concepto para el particular. La misma fórmula fue introducida en los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 51, 52, 131 y 148, de los Convenios I al IV, respectivamente), mediante la atribución directa al Estado de las responsabilidades que le incumben por la comisión de infracciones graves. Es decir, tampoco se define lo que significa “víctimas” como individuos, pero al individualizarse las infracciones graves, se va teniendo al individuo como “víctima” de forma implícita y por tanto apuntando el derecho a obtener reparación individual; ello aunque en principio se rechazase esta posibilidad durante la Conferencia Diplomática de 1949, por falta de garantías, e incapacidad de un particular de encauzar una demanda ante la Potencia ocupante¹⁵⁸⁸.

Finalmente, la responsabilidad de reparar que tiene el Estado por los hechos cometidos por sus agentes en los conflictos armados internacionales se incorpora definitivamente en el artículo 91 del Protocolo Adicional I, donde aparece de forma clara y específica la responsabilidad de indemnizar. En ese sentido el CICR por un lado, en su comentario acerca del referido artículo, añade que es una obligación incontestable de todas las Partes en conflicto de reparar a la otra por los daños causados, es decir, reafirma la

¹⁵⁸⁶ Según los demandantes el acusado se desempeñó como Comisionado de Seguridad Pública de Croacia y después como Ministro del Interior, siendo supuestamente responsable de supervisar e implementar la llamada “solución final”, con la que se impulsó la aprobación de leyes antijudías, provocando que a miles de judíos-croatas se les confiscaran todos sus bienes, se encarcelaran y ejecutaran sin importar si fueran hombres, mujeres o niños. En cuanto a conocer de los crímenes contra la humanidad el tribunal reconoce que carece de competencia en razón de su Estatuto y, en relación a violaciones de algunos artículos del Código Penal Yugoslavo, entiende que esos crímenes habían prescrito. Vid. *Leo Handel et al. v. Andrija Artukovic*, on behalf of himself and as representative of the Independent Government of the State of Croatia, United States District Court, C. D. California, 601 F.Supp. 1421., Jan. 31, 1985, ver en: <https://groups.google.com/forum/#!topic/alt.lawyers/KHV2dwPDkAM>, fecha de consulta 26 de febrero de 2015. En el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, la Corte de Apelación del cuarto Circuito estadounidense recuerda por igual que las disposiciones del tercer Convenio de Ginebra (especialmente el artículo 5 sobre la determinación del estatuto de una persona en caso de duda) no tienen aplicación directa (self-executing), de manera que los tribunales únicamente encontraran que un tratado tiene aplicación directa si el documento lo pone en evidencia, el proporcionar un derecho de acción (en privado) por el particular (...). Vid. *Hamdi v. Rumsfeld*, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, N. 02-7338, January 8, 2003, parte III B, pp. 30-31, en: <http://www.ca4.uscourts.gov/opinions/Published/027338.P.pdf>, fecha de consulta 26 de febrero de 2015.

¹⁵⁸⁷ Zegveld, Liesbeth, “Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law”, en *IRRC*, vol. 85, n. 851, 2003, pp. 497-526 (508).

¹⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 506.

responsabilidad internacional del Estado por violaciones del derecho internacional humanitario, pero por otro lado, reconoce que la indemnización podría darse también para los nacionales del Estado, y en ese sentido recalca la tendencia emergente de ese derecho también a los individuos de manera particular¹⁵⁸⁹, lo cual significa que el individuo puede ser visto como víctima directa y por tanto como titular de un derecho a reclamar reparación, bien en los conflictos armados internacionales ante instancias internacionales a través de la protección diplomática, bien en los conflictos armados internos directamente ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

Christian Tomuschat, apoyado por otros autores¹⁵⁹⁰, cree que bien hubiera podido ser la intención de los redactores extender este derecho a los particulares, y aunque no encuentra apoyo en la práctica, pone el ejemplo de cuando Alemania en común acuerdo con los Aliados instituyó un mecanismo para devolver las propiedades tomadas a sus legítimos propietarios tras la Segunda Posguerra, además de crear una ley para promover asistencia a los afectados por persecuciones raciales¹⁵⁹¹, mientras que otras demandas han sido rechazadas por Estados Unidos y Japón en razón de la inmunidad del Estado y bajo el entendido de que el derecho internacional humanitario (el aplicado en los conflictos armados internacionales) no confiere suficiente facultad a los individuos para hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales, y en virtud de que según el artículo 19 del Acuerdo de Paz entre Japón y los Aliados de 18 de septiembre de 1951, Japón renunció a toda reclamación derivada de la guerra a que tuvieran derecho dicho Estado y sus nacionales contra las Potencias Aliadas¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁹ ICRC, Commentary – Responsibility to the Protocol Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, pars. 3645-3661 (3645-3657), ver en: <http://www.icrc.org/ihl/COM/470-750117>, fecha de consulta 24 de mayo de 2014.

¹⁵⁹⁰ Greenwood, Christopher, “International Humanitarian Law (Laws of War)”, en *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports & Conclusions*, Frits Kalshoven (ed.), Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 2000, pp. 161-259 (250); Pisillo Mazzeschi, Riccardo, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, en *Journal of International criminal Justice*, vol. 1, n. 2, 2003, pp. 339-347 (342).

¹⁵⁹¹ Tomuschat, Christian, “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, en *Tulane Journal of International Law & Comparative Law*, vol. 10, 2002, pp. 157-184 (178).

¹⁵⁹² Vid. Ryuichi Shimoda et al. v. State Japan, District Court, Tokyo Japan, Japan, Judgment 7 December 1963, ver en <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/53/Shimoda-et-al/>, fecha de consulta 25 de abril de 2014; el acuerdo de paz en: <http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/documents/texts/docs/19510908.T1E.html>; otra sentencia reciente *X et al. v. The State Japan*, Tokyo District Court, Judgement 30 November 1998, ver en: <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/34494598ba9789f5c1256a1600459234?openDocument>, fecha de consulta 25 de abril de 2014. véase comentarios sobre la jurisprudencia japonesa en: Hae Bong, Shin, “Compensation for Victims of Wartime Atrocities: Recent Developments in Japan’s Case Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 187-206. En cuanto a Estados Unidos, están los casos *Goldstar (Panama) SA v. United*

No obstante, si en los conflictos armados internacionales se evitó conceder derecho a reparación al individuo como víctima directa, en los Convenios de Ginebra de 1949, en sentido general, subyace de forma inequívoca que es el individuo la víctima principal en el derecho de la guerra. Por tanto, como ha sucedido con las demás normas y disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario, el derecho a reparación de las víctimas¹⁵⁹³ por haber sido objeto de violaciones graves encuentra su máxima expresión en los conflictos armados internos, y es de importancia fundamental para la comunidad internacional.

En efecto, los conflictos armados internacionales han disminuido drásticamente desde la segunda mitad del siglo XX, sobre todo por la adopción de mecanismos viables pacíficos para resolver las diferencias, donde la ONU ha desempeñado una función muy importante como garante en la solución de controversias entre los Estados. La consecuencia es que el número de fallecidos resultante de estos escenarios hostiles esté siendo cada vez menor, provocando a su vez que el problema de las reparaciones haya tenido mayor proyección en los conflictos armados internos. Es así porque durante toda la Segunda Posguerra hasta la actualidad estos conflictos armados han aumentado vertiginosamente, y el respeto a la soberanía del Estado ha supuesto un obstáculo para que la comunidad internacional pueda intervenir de manera eficaz en la pacificación de las guerras internas, el resultado es que hoy día estos conflictos han provocado más víctimas que los conflictos internacionales.

Como consecuencia, las víctimas, las personas civiles, que corresponden al noventa por ciento en los conflictos armados internos, han dado realce al estudio del derecho a

States, US Court of Appeals, Fourth Circuit, Judgement 16 June 1992, véase comentarios en: Semmelman, Jacques, “*Industria Panificadora, S.A. v. United States: U.S. Court of Appeals, D.C.: Goldstar (Panama) S.A. v. United States*”, en *AJIL*, vol. 87, n. 2, 1993, pp. 288-292; Case Comments S. Sovereign Immunity *Goldstar (Panama) S.A. V. United States*, en: *Washington and Lee Law Review*, vol. 50, n. 1, 1993, pp. 397-398; *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 1995, ver en: <http://perleslaw.com/pdf/hugo.pdf>, fecha de consulta 25 de abril de 2014, comentarios en Cerna, Christina M., “*Hugo Princzv. Federal Republic of Germany: How Far Does the Long-Arm Jurisdiction of US Law Reach?*”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, n. 2, 1995, pp. 377-393. Estos casos han sido citados en Chiara Gillard, Emanuela, “*Reparation for Violations of International Humanitarian Law*”, en *IRRC*, vol. 85, n. 851, 2003, pp. 529-552 (537).

¹⁵⁹³ El concepto “víctima”, no figura en los Convenios más que en el título del Protocolo Adicional I y II, y tampoco en ningún otro instrumento, pro es claro que víctima se refiere a la persona que directamente ha sido objeto de una violación grave, es decir, que ha sufrido un daño físico o mental, e incluso material. Véase al respecto Zegveld, Liesbeth, “*Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law*”, *loc. cit. supra* en nota 1587, pp. 501-502.

reparaciones. Y las víctimas no solamente han tenido que lidiar por que los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos sean apresados y sometidos a la justicia por sus hechos, sino también por que sus sufrimientos sean reparados en su más justa dimensión.

De todos modos, en lo que respecta a los conflictos armados internos, ni el artículo 3 común ni el Protocolo Adicional II establecen algún tipo de reparación o compensación a las víctimas por las Partes en conflicto, y de ahí que cualquier reparación a su favor por parte del Estado, si es que la llega a haber, se perciba sobre la base de delitos comunes, ignorándose precisamente la naturaleza del crimen, que había sido cometido en el escenario de un conflicto armado, donde el derecho internacional humanitario es la *lex specialis*. Pues, como señala Andrés Ibáñez, los Estados tienden a hacer borrón y cuenta nueva a los crímenes de sus agentes, mandatarios y grupos opositores justificándose en la destrucción del Estado de derecho tras un conflicto armado, observándose un desequilibrio de fuerzas entre las víctimas y sus transgresores¹⁵⁹⁴, y, al no haber culpable, el derecho a reparaciones se hace insostenible.

En todo caso, pese a esa ausencia ignominiosa, el derecho a reparación de las víctimas forma parte de los principios y directrices básicos del derecho internacional humanitario y del derecho internacional general, toda vez que constituye un derecho inalienable de toda persona a ser reparada por los daños sufridos y a tener garantías de no repetición¹⁵⁹⁵. Inclusive, como ha asegurado el CICR, la responsabilidad que tiene el Estado de proveer reparaciones a las víctimas de violaciones graves se ha convertido en parte del derecho internacional consuetudinario en ambas categoría de conflictos

¹⁵⁹⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Impunidad y Vacío de Jurisdicción”, en *Contra la Impunidad: simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 125-128 (126).

¹⁵⁹⁵ Como lo ha contemplado la ONU en 2005 al adoptar los Principios y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de las Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, véase Resolución de la Asamblea General de la ONU, Doc. A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006, principios IX y X.

armados¹⁵⁹⁶, a despecho de no haya mecanismos efectivos y de seguimientos para que las víctimas de los conflictos armados internos logren las debidas reparaciones¹⁵⁹⁷.

Estados Unidos ya conocía la fragilidad de esta situación, lo que desde su fundación ha puesto en marcha, aunque rara vez invocado, la posibilidad de que ciudadanos extranjeros puedan interponer una demanda civil de reparación ante sus tribunales nacionales por los daños y perjuicios resultantes de la perpetración de crímenes internacionales graves en violación de los tratados internacionales en los que Estados Unidos es Parte o bien del derecho internacional general. Las leyes que permiten demandar son la US 1789 Alien Tort Claims Act y la 1991 Torture Victim Protection Act; de lo que se trata es del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales de distrito estadounidenses, cuyo caso más trascendental lo constituyó la demanda de un grupo de ciudadanos bosnios contra Radovan Karadzic por los crímenes de genocidio, violación, tortura, ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, prostitución forzada, violación al artículo 3 común, etc. cometidos durante el conflicto armado en la antigua Yugoslavia, y por el que fue condenado a pagar 745 millones de dólares a favor de las víctimas en 2001¹⁵⁹⁸.

Por su parte, los tribunales penales internacionales *ad hoc* de la antigua Yugoslavia y Ruanda han evitado pronunciarse sobre el tema de las reparaciones relacionadas con la comisión de violaciones graves en los conflictos armados internos, porque los mismos fueron establecidos únicamente para procesar a los responsables de dichas violaciones. Aún así el TPIR en el caso *Akayesu* adelantó que fue establecido para contribuir a crear

¹⁵⁹⁶ Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (edits), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1320, rule 149, p. 530. En los conflictos armados internos, el CICR reconoce también que existe una práctica en los Estados de acceder a reparaciones por las violaciones del derecho internacional humanitario atribuidas a ellos, lo cual proviene del principio general de que quien comete una violación tiene la obligación de reparar (rule 150, p. 545-546).

¹⁵⁹⁷ Evans, Christine, *The Right to Reparation in International Law for Victims...*, *loc. cit. supra* en nota 1569, p. 33.

¹⁵⁹⁸ Vid. *Kadic v. Karadzic*, United States, Court of Appeals for the Second Circuit Decision (Alien Tort Act; Torture Victim Act; the Law of Nations; Subject Matter Jurisdiction), October 13, 1995, véase en: *International Legal Materials*, vol. 34, n. 6, 1995, pp. 1592-1594 y 1595-1614. Véase ejemplo también en Chiara Gillard, Emanuela, "Reparation for Violations of International Humanitarian Law", en: *IRRC*, vol. 85, n. 851, 2003, pp. 529-552 (548). El precedente lo sentó el caso *Filartiga v. Peña-Irala*, fuera del escenario de un conflicto armado, en el que una familia paraguaya demandó en 1980 en responsabilidad civil a Peña-Irala (antiguo Inspector General de Policía de en Asunción, Paraguay) por tortura y asesinato de Joelito Filartiga de 17 años de edad; la demanda tuvo éxito y el acusado fue condenado a pagar 10 millones de dólares. Véase *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d876 (2d Cir., June 30 1980) (torture), ver en: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1a-irala>, fecha de consulta 25 de abril de 2014.

un proceso de reconciliación nacional¹⁵⁹⁹, por más que, en nuestra opinión, el sometimiento a juicio y la condena de las personas responsables de violaciones graves no son suficientes para una pronta reparación a las víctimas.

De todos modos, de acuerdo al artículo 105 del reglamento de funcionamiento de cada Tribunal, la Sala de Primera Instancia está autorizada para restituir las propiedades inmuebles o su valor a las víctimas¹⁶⁰⁰, mientras que el artículo 106 también de ambos tribunales conmina a su secretario a transmitir a las autoridades competentes del Estado del condenado la sentencia condenatoria para que las propias víctimas puedan recurrir a sus instancias judiciales o autoridades competentes para obtener indemnización. La misma obligación se repite el reglamento del TESL, artículos 104 y 105.

En efecto, los tribunales penales internacionales *ad hoc* citados fueron establecidos para depurar responsabilidades penales individuales sin que le haya sido conferida la facultad de decidir sobre las reparaciones, pero una decisión en ese sentido hubiera sido posible también por una medida adoptada por el Consejo de Seguridad a esos fines, bien sea otorgando más poderes a los tribunales o creando una comisión como la establecida durante el conflicto armado Irak-Kuwait (1991) para indemnizar a las víctimas afectadas por la guerra (Resolución 687, de 3 de abril de 1991). En cualquier caso, la reparación aquí debe ser una consecuencia de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Así, en el sentido internacional del término “reparaciones”, en lo que concierne a las infracciones graves cometidas por los agentes del Estado y actores no estatales durante un conflicto armado interno, éstas pasaron por un atapa de indudable reflexión, pues no se tenía claro que las violaciones al artículo 3 común constituyeran infracciones graves, de modo que generaran responsabilidad internacional penal individual, suficiente para que las víctimas pudieran reclamar reparaciones acorde con la obligación violada, de un delito cometido en el escenario de un conflicto armado y por tanto diferente de un delito común.

Como es sabido, los tribunales sentaron jurisprudencia en ese sentido, por lo que tanto el artículo 3 común como el Protocolo Adicional II contienen disposiciones que se

¹⁵⁹⁹ *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I... *loc. cit. supra* en nota 176, par. 2.

¹⁶⁰⁰ Ello en cumplimiento del artículo 23 (4) del Estatuto del TPIY, y 23 (3) del Estatuto del TPIR.

refieren a infracciones consideradas graves. Por tanto, partiendo de que el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas legislativas para hacer efectivo el cumplimiento del derecho internacional humanitario en su territorio, es seguro que una vez establecida la responsabilidad internacional penal individual, las víctimas de dichas violaciones tienen derecho a obtener reparaciones no sobre la base de delitos comunes, sino de crímenes internacionales. En los sistemas jurídicos continentales, por ejemplo, las víctimas, al constituirse en parte civil, pueden conjuntamente con la demanda penal introductoria exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados, o bien inmediatamente después de una sentencia condenatoria.

Por otra lado, el Estatuto de Roma, en su artículo 75, dispone que la CPI deberá establecer los principios aplicables a la reparación, incluidos la restitución, la indemnización y la rehabilitación, a las víctimas y sus causahabientes, para lo cual, en caso de ser necesario, se valdrá de la utilización del fondo fiduciario creado en favor de las víctimas y sus familias (artículo 79), todo lo cual se complementa con la debida protección a las víctimas, de su seguridad y bienestar físico y psicológico, dignidad y privacidad, y, en otro orden, la presentación de las víctimas durante el juicio cuando las circunstancias lo requieran (artículo 68). Visto así, el Estatuto de Roma corrige la inacción por parte del derecho internacional humanitario sobre la materia. El 31 de diciembre de 2005, mediante Resolución ICC-ASP/4/Res.3, se adoptó el Reglamento del Fondo Fiduciario para las Víctimas, el cual establece las formas y mecanismos para hacer efectivas las indemnizaciones o compensaciones.

En la práctica, en los conflictos armados internos la reparación no ha sido muy halagüeña. En Sudáfrica, apunta Christian Tomuschat que la *restitutio in integrum* es imposible en relación al crimen de apartheid, de modo que las indemnizaciones económicas eran la forma más plausible de reparación, pero después de que la población negra asumió el poder se encontró con que el gobierno carecía de fondos públicos para resarcir a toda una población víctima de la política del apartheid¹⁶⁰¹. En Guatemala, continúa dicho autor, la Comisión para el Esclarecimiento se encontró con miles de víctimas de crímenes contra humanidad y genocidio, con un saldo de 200,000 muertes durante el conflicto, y el Estado tampoco disponía de fondos para cubrir en reparación a

¹⁶⁰¹ Tomuschat, Christian, "Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations", *loc. cit. supra* en nota 1591, pp. 172-176.

tantas familias supervivientes de las atrocidades, y al día de hoy no se han podido sentar las bases para ese cometido, por lo que a juicio del propio autor debido a las limitaciones económicas se debe dejar que cada país adopte su modelo, si bien en todo caso la reparación moral debe ser siempre practicada¹⁶⁰². Asimismo, en relación a Bosnia-Herzegovina, en los acuerdos de Dayton se negoció que las personas desplazadas pudieran volver a sus hogares, restituirles sus propiedades y en su caso indemnizarles, obligación que estuvo a cargo de una Comisión especial creada tras los acuerdos¹⁶⁰³.

En todo caso, muchos Estados donde ha habido conflictos armados internos cada vez más se están sumando a la idea de conceder reparaciones a las víctimas de violaciones graves. Por ejemplo, Rusia aprobó el decreto número 510 de 30 de abril de 1997 por el que acuerda crear un procedimiento para indemnizar a las personas que habían perdido sus propiedades durante el conflicto armado en Chechenia, mientras en el año 2000 aprobó el decreto 845 para disponer de viviendas a los desplazados. Ruanda manifestó en 1996 su intención de reparar a las víctimas del genocidio y otras violaciones graves. Zimbabwe anunció lo mismo en 1999, por las matanzas ocurridas desde los inicios del conflicto armado en 1980¹⁶⁰⁴.

En lo que respecta a los grupos armados organizados, en la práctica tan sólo se tiene constancia del compromiso asumido por el grupo armado Frente Democrático Nacional de Filipinas de indemnizar, a título de reparación a las víctimas de las violaciones del derecho internacional humanitario¹⁶⁰⁵. Se puede tener presente también el ejemplo de cuando el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la Resolución 1071 de 1996, de 30 de agosto, llamando a los grupos armados a devolver los bienes sustraídos a las víctimas durante el conflicto en Liberia. Asimismo, en la Resolución 1998/70, de 21 de abril, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU llamó a las todas las partes involucradas en

¹⁶⁰² *Ídem*.

¹⁶⁰³ Ver los acuerdos en <http://www1.umn.edu/humanrts/icty/dayton/daytonaccord.html>, fecha de consulta 25 de abril de 2014.

¹⁶⁰⁴ Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (edits), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1404, pp. 548-549.

¹⁶⁰⁵ Véase al respecto Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law between the Government of the Republic of the Philippines and the National Democratic Front of the Philippines, 16 March 1998, art. 6, Part IV, ver en <http://www.incore.ulst.ac.uk/services/cds/agreements/pdf/phil8.pdf>, fecha de consulta 05 de abril de 2014.

el conflicto afgano a que proporcionasen reparaciones suficientes y efectivas a las víctimas, además de poder acceder éstas a un recurso efectivo¹⁶⁰⁶.

En general, se puede señalar que el derecho a la reparación para las personas civiles como víctimas por parte del agresor en el contexto de los conflictos armados internos o internacionales se encuentra en un proceso de ajuste y revisión tanto por los estudiosos del tema como por organismos internacionales. Sin embargo, dicha evolución no se encuentra exenta de debates, enfrentamientos y diferencias sobre todo en cuanto a los medios y formas que las víctimas esperan de su derecho a la reparación, concepto que forzosamente tendrá que dar respuesta a la compleja situación que presentan las víctimas de los actuales conflictos armados.

II. Mecanismos de reparaciones a las víctimas de los conflictos armados internos: los estándares internacionales de reparación y su aplicación en períodos de justicia de transición: balance y perspectiva

Una vez establecida la conceptualización de la responsabilidad internacional penal del individuo por violaciones graves del derecho internacional humanitario y por ende también de los derechos humanos, concretamente contra las personas civiles y la población civil, y de reconocer que del mismo modo existe una obligación internacional de reparar a esas víctimas, el derecho internacional establece los mecanismos necesarios para hacer efectivo ese derecho, es decir, propugna que la reparación sea integral o bien multidimensional, en suma, se basa en medidas que conduzcan a la restitución, indemnización o compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, tal como señala la Resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/60/147, de 16 de diciembre de 2005, sobre “*Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparación*”¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰⁶ Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (edits), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1320, p. 550.

¹⁶⁰⁷ Cabe señalar que esta Resolución es una fusión de los trabajos de dos grandes expertos en derecho internacional, los juristas Theo van Boven y M. Cherif Bassiouni. El primero comenzó sus trabajos en 1993 y los concluyó en 1997, presentando varios informes bajo el titulado “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación*”; dichos informes se pueden consultar en los documentos oficiales de la ONU E/CN.4/1997/104, de 16 de enero de 1997, E/CN.4/Sub.2/1996/17, de 24 de mayo de 1996, y E/CN.4/Sub.2/1993/8, de 2 de julio de 1993; por su parte, Bassiouni realizó sus trabajos entre 1999 y

Partiendo de la resolución señalada, se entiende por *restitutio in integrum* la restauración íntegramente de la víctima a su situación inmediatamente anterior a la comisión del crimen de que fue objeto, pero, si ésta no es posible, existen otras fórmulas que contribuyen a ese propósito, y debe resolverse según sea el caso, por ejemplo, lográndose devolverle la libertad, permitirle que vuelva a gozar y disfrutar de su identidad, vida familiar y social, que vuelva a tener un hogar donde residir, proveerle de bienes personales y colectivos, empleo, educación, salud, etc. Por su parte, la indemnización o compensación comprende una suma en dinero entregada a la víctima por los daños causados, y que por tanto dejó de percibir al producirse el mismo, y abarca en conjunto tanto lo material como lo moral. La rehabilitación ha de influir en el estado de la salud física y mental, así como en otras atenciones sociales.

Por otro lado, las medidas de satisfacción incluyen según necesidades de la víctima la revelación de la verdad y el conocimiento de los hechos sin que ello ponga en peligro su seguridad e intimidad, también disculpas públicas oficiales, levantamiento de monumentos, actividades en homenaje a su honor, nombramientos de locales públicos con su nombre, establecimiento de fechas conmemorativas en recuerdo a su persona, búsqueda de los desaparecidos, incluyendo sus cuerpos si han sido asesinados, búsqueda de los niños secuestrados, inhumación de cadáveres, etc. Y, en cuanto a garantías de no repetición, el Estado debe aunar esfuerzos para mantener el control efectivo de sus fuerzas armadas y cuerpos policiales, promover reformas institucionales que tengan como objetivos el fortalecimiento del poder judicial, establecer mejoras en la educación y brindar mayor capacitación a los funcionarios y encargados de hacer cumplir la ley con la finalidad de que estos adquieran mejor respecto por los derechos humanos y por el derecho internacional humanitario, del mismo modo, el Estado debe crear mecanismos para prevenir y resolver conflictos sociales, entre otras consideraciones¹⁶⁰⁸.

2000, presentando informes con el título “*Derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y libertades fundamentales*”, cuyo contexto se puede ver en los documentos oficiales de la ONU E/CN.4/1999/65, de 8 de febrero de 1999, y E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000. El derecho a un recurso para obtener reparación por parte de las víctimas propuesto por Bassiouni marcó la diferencia principal entre ambos relatores. Véase García San José, Daniel, “El Derecho a la Justicia de las Víctimas de los Crímenes Más Graves de Trascendencia para la Comunidad Internacional”, en *REDI*, vol. LVIII, n. 1, 2006, pp. 119-145 (128-129).

¹⁶⁰⁸ Resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/60/147, de 16 de diciembre de 2005, pars. 19-23, sobre los principios y directrices aludidos.

Por consiguiente, las medidas y mecanismos enunciados junto a la persecución judicial de los crímenes es lo que proveerá a las víctimas de una justa reparación. Pero, como hemos podido analizar, casi siempre ni lo uno ni lo otro es cumplido en su totalidad, lo cual es un grave problema porque las víctimas nunca ven resarcidos sus daños a plenitud, y ello se debe en gran medida a la impunidad. No obstante, es sabido que, en ausencia de culpables, es también una obligación del Estado crear mecanismos de reparación a las víctimas, pues muchas veces los crímenes se cometen con omisión deliberada de actuar de las autoridades estatales frente a las graves violaciones del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto armado, de modo que cuando se ha logrado obtener reparación sin que los responsables sean condenados, como es el caso de las reparaciones administrativas llevadas a cabo por el Estado colombiano según veremos, dicha reparación es reducida a una compensación económica ni siquiera proporcional al daño sufrido.

De todos modos, la incursión de la CPI en la persecución internacional de los crímenes más graves es una forma de estimular a que los Estados cambien de dirección, y, por otro lado, se cuenta con las experiencias de los Estados que han pasado por situaciones de conflicto armado, lo cual sirve de ejemplo al menos para no repetir las desatenciones por las que han estado pasando las víctimas de los conflictos armados que analizaremos más adelante.

1. Reparación deducida de la persecución internacional del crimen, además de otras formas de reparación

En primer lugar, es necesario volver a recalcar que la persecución, condena y posterior encarcelamiento de un acusado es y debe ser siempre una de las primeras y principales medidas o mecanismos de reparación. A nuestro juicio es así por dos razones: por un lado, porque asegura una pronta recuperación de la moral y dignidad de la víctima, es la medida más equitativa que recrimina la obligación violada y porque aparta de la sociedad al perpetrador; y, por otro lado, porque de ello derivan las demás medidas de reparación que contribuyen en conjunto a acercar la situación al *statu quo* anterior a la comisión del crimen.

En ese sentido, sin bien la comunidad internacional también ha estado interesada en que todos los mecanismos de reparación sean cumplidos por los Estados o la parte

responsable de la comisión de un crimen, la primera de las medidas aludidas, es decir, la condena y posterior encarcelamiento de los acusados, es la que más le ha preocupado. Hemos podido observar que inclusive desde mediados de la Guerra Fría ésta ha sido una de las preocupaciones principales del Consejo de Seguridad de la ONU, siendo así que ha habido casos puntuales en los que ha tenido que intervenir de manera coercitiva al percibir razonablemente que los perpetradores de los crímenes internacionales más horribles podrían quedar impunes. Son los casos de los conflictos armados analizados de la antigua Yugoslavia y Ruanda, con el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, y en menor medida la puesta en marcha de los tribunales mixtos, con el caso especial de Sierra Leona. Con esos casos las víctimas se han asegurado el cumplimiento del primer mecanismo de reparación, el de la persecución penal de sus contraventores.

Del mismo modo, la puesta en marcha de la CPI pretende también asegurar la continuidad de este mecanismo de reparación cuando el Estado no quiere o no puede hacer frente a la persecución nacional de los crímenes internacionales. En ese sentido, y en cuanto a las demás modalidades de reparación, partiendo del citado artículo 75 sobre el Fondo Fiduciario de Reparación, hasta el año 2012, se calcula que unas 42.000 víctimas directas están formando parte de los programas de reparación de la CPI, y otras 20.000 más de forma indirecta, de los casos seguidos en la RDC y Uganda, que de manera particular podemos señalar la sentencia de la Sala de Primera Instancia I de 7 de agosto de 2012 en relación al caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, estableciendo los principios y procedimientos que deberán ser aplicados en las reparaciones¹⁶⁰⁹. En

¹⁶⁰⁹ Algunos de los principios que podemos citar son: 1) El derecho a reparaciones es un derecho humano básico y un bien establecido en la mayoría de los tratados regionales e instrumentos internacionales de derechos humanos. 2) Las víctimas deben ser tratadas de forma digna, sin discriminación y de modo equitativo, con independencia de si han participado o no durante en el proceso judicial; además se les debe proveer acceso a información sobre su derecho de reparación y asistencia en la Corte, por lo que se tomarán en cuenta las necesidades de las víctimas de acuerdo a si son niños, personas de tercera edad o las que necesitan de cuidados especiales como los discapacitados, se tomarán medidas para garantizar su seguridad, bienestar físico y psicológico. 3) La reparación puede ser acordada también a víctimas indirectas como a los familiares y a todas aquellas personas que ayudaron a evitar la comisión de uno o más crímenes, independientemente si participaron en el proceso judicial; se tomará en cuenta la cercanía o relación estrecha entre la víctima directa y la indirecta como el caso de un niño solado con sus padres, además de que es bien aceptado la presunción de que un individuo es sucedido por su cónyuge e hijos; también se puede conceder reparación a quienes sufrieron daños cuando acudieron en ayuda de las víctimas, como pueden ser las ONGs, incluyendo organismos oficiales, departamentos, escuelas públicas, hospitales, institutos de enseñanza privadas (escuelas y colegios de formación), etc.; el procedimiento para determinar quién es objeto de reparación puede ser mediante la presentación de documentos oficiales como no oficiales, pudiendo aceptar la Corte la firma de testigos que corroboren la identidad de las víctimas; podría haber prioridad para determinadas víctimas que se encuentran en situación de extrema

vulnerabilidad como las víctimas de violencia sexual o de género, las que requieren atención médica como las que necesitan de cirugía o tratamientos médicos para el VIH, y los que han quedado con traumas. 4) Los principios y procedimientos aplicados en las reparaciones deben hacer posible que esta llegue a todas las víctimas, de ahí que tanto las víctimas como sus familiares deben participar en todo proceso de reparación y recibir el apoyo adecuado de tal manera que su participación sea efectiva; deberá asegurarse la Corte por parte de las víctimas conocer de las prioridades y los obstáculos que pudieran afectar su derecho a obtener reparación. 5) La Corte deberá formular órdenes de reparaciones que sean apropiadas a las víctimas de violencia sexual y de género; la Corte debe reflejar que conoce las consecuencias de los crímenes para las víctimas y que operan en varios niveles, pudiendo su impacto extenderse por un período largo de tiempo, requiriendo de un especialista; en concreto la Corte se asegurará de que las mujeres y las niñas tengan acceso a la justicia y asegurarse de que estén en condiciones de participar en los programas de reparación. 6) La Corte tendrá en cuenta la edad de las víctimas y sus necesidades, por lo que en lo referente a los niños se guiará por la Convención sobre los Derechos del Niño y el interés superior de éste; la Corte tomará en cuenta que dicha Convención alienta a los Estados tomar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social del niño producto del abandono, explotación o abuso, tortura o cualquier otra forma de tratos crueles, inhumanos y degradantes; en el sistema de reparación adoptado la Corte se asegurará de garantizar su salud, respecto de sí mismo y su dignidad, se asegurará de que a al niño ex soldados se le garantice el desarrollo de su personalidad, talento y habilidades, el respeto por sus padres, su identidad, su cultura e idioma, que pueda vivir de manera responsable en una sociedad libre, mostrando respeto por la igualdad de sexo, que valore la amistad entre los pueblos y grupos sociales. 7) Respecto al alcance de las reparaciones, éstas deben ser individuales o colectivas o ambas a la vez, sin discriminación ni en base a sexo; cuando las reparaciones han de concederse a un número considerable de víctimas, se otorgarán también a aquellas que no hayan sido del todo identificadas, se abordará sobre el daño que sufrieron de manera individual o colectiva, se considerará la prestación de servicios médicos (incluyendo psiquiátrico y psicológico), además de la rehabilitación en general, la vivienda, la educación y formación; se otorgarán reparaciones individuales sin que provoquen tensiones o divisiones entre las comunidades involucradas. 8) En cuanto a las diferentes modalidades de reparación como la restitución, indemnización y rehabilitación establecidas en el artículo 75 del Estatuto de Roma, la Corte considera que esa lista no es exhaustiva, pues se podrán adoptar otras formas de reparaciones como las que tienden a ser simbólicas, preventivas y transformadora de valores. 9) Las reparaciones serán proporcionales al daño recibido, serán oportunas, adecuadas y rápidas, y deberán estar dirigidas a conciliar a las víctimas, sus familias y comunidades; a fin de que las reparaciones se otorguen por un período relativamente largo, en caso de pensiones o otras formas que tenga como finalidad entregar recursos económicos, se hará en cuotas en vez de un solo pago; 10) En cuanto al principio de causalidad, el daño, la pérdida y las lecciones por los que se otorgan las debidas reparaciones deben reflejar que provienen del crimen de alistamiento y reclutamiento de niños menores de 15 años de edad para que participen directamente en las hostilidades; las reparaciones no deben limitarse al daño directo o a los efectos inmediatos a éste, sino que estará vinculado al principio de “causa próxima”, es decir, el hecho inmediato que causó el daño, la pérdida o el perjuicio sufrido. 11) Las solicitudes de reparaciones por parte de las víctimas deben contener la documentación justificativa pertinente, incluidos los nombres y dirección de los testigos; dada la dificultad de proveer en un proceso judicial todas las pruebas pertinentes en que se podría apoyar una demanda, las pruebas que determinarían las debidas reparaciones deben basarse en un equilibrio de probabilidades. 12) Derecho de defensa a obtener reparación, siendo esta una garantía que debe proveer siempre el Estado. 13) Los Estados y otros interesados deben cumplir con las órdenes, decisiones y sentencias que emanen de la Corte, por lo que deben abstenerse de impedir las ejecuciones sobre reparaciones; 14) Publicidad de los principios de reparación, la Corte conmina al secretario realizar actividades de divulgación en conjunto con las autoridades nacionales, locales, comunidades y poblaciones afectadas a dar publicidad a los principios señalados y cualquier otra actuación de la Corte en relación a las reparaciones. Finalmente, la Sala encarga al Fondo Fiduciario de Reparación ocuparse de los procesos de reparación. Ver *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, 7 August 2012, pp. 66 y ss. pars. 182 y ss.

Por lo demás ver Sommer, Christian G., “Reparaciones a las Víctimas en Derecho Internacional”, en *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional, Volumen I, 2011, Ponencia de los Programas Académicos de la X Edición de 2011 de la Competencia Víctor Carlos García Moreno sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional*, Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo (coords.), tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 249-265 (263-264).

esa misma línea, la ONU de modo más directo creó en 2005 la Comisión de Consolidación de la Paz y en 2006 el Fondo de Consolidación de la Paz¹⁶¹⁰, el cual pretenden apoyar a los gobiernos de los países recién salidos de conflictos armados en sus actividades y programas que tengan como objetivo construir la paz; se benefician de esta acción Burundi, Sierra Leona, Guinea, Guinea-Bissau, Liberia y la República Centroafricana. Ello indudablemente contribuirá de forma indirecta a reparar a las víctimas, sin menoscabo de la obligación primaria que tiene el Estado de cumplir con ese cometido, como pasaremos a desarrollar a continuación.

2. Reparación en el ámbito doméstico tomando como ejemplo el escenario de algunos conflictos armados internos latinoamericanos

En cuando al segundo esquema, es decir, las demás modalidades o mecanismos de reparación, estos se encuentran más bien relacionados con la aplicación de la llamada justicia transicional, pues esta última no solamente comprende el desarrollo de un conjunto de reformas estructurales de un Estado recién salido de un conflicto armado interno, o la instalación de gobiernos democráticos en sustitución de uno represivo, sino que también busca crear las condiciones para una paz sostenible y duradera en la que las víctimas sean los principales protagonistas¹⁶¹¹. Pero no se puede hablar de mecanismos de reparación sin que el Estado y las principales autoridades de defensa de los derechos humanos nacionales e internacionales creen las la condiciones para ello, de ahí que las comisiones de la verdad, de reconciliación nacional y esclarecimiento histórico sean los principales instrumentos para que las víctimas puedan ver compensados sus sufrimientos y restituidos sus libertades y dignidades.

¹⁶¹⁰ Resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1645 (2005), de 20 de diciembre, y Resolución de la Asamblea General A/RES/60/180, de 20 de diciembre de 2005. Véase también, Comisión de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas, véase en: <http://www.unpbf.org/> y <http://www.un.org/es/peacebuilding/>, fecha de consulta 28 de mayo de 2014.

¹⁶¹¹ Un ejemplo ilustrativo es el caso de El Salvador, en el cual, tras finalizar el conflicto armado en 1992 con la firma del Acuerdo de Paz de El Salvador en Chapultepec, México, se creó el escenario para reformar la Constitución política, rehacer la policía nacional y las fuerzas armadas, se decidió crear una Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, renovar la Fiscalía General de la República y la Corte Suprema de Justicia, establecer un nuevo Sistema Electoral, instaurar un Consejo Nacional de la Judicatura, etc., así como crear de una Comisión de la Verdad, en cuyo informe final propugnó que se indemnizara a las víctimas del conflicto, se las sometiera a un proceso de rehabilitación y se dieran garantías de no repetición. Véase Martínez Ventura, Jaime, “El Salvador”, en *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds), Fundación Konrad Adenauer Stiftung. V., Mastergraf srl, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 301-324 (304).

En ese sentido, las medidas de reparaciones pueden adoptar diferentes formas, y en esencia todas ellas deben estar dirigidas a paliar los efectos del dolor y el sufrimiento provocado a las víctimas de graves violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, lo cual se consigue haciendo justicia, bien por la vía penal y la indemnización, o ambas a la vez, y en última instancia el perdón y la reconciliación. En América Latina, y prácticamente en toda situación de posconflicto armado interno donde la paz es alcanzada por medio de la negociación entre las partes involucradas, la transición hacia la democracia priorizó la reconciliación sobre la justicia o reparación punitiva, puesto que, como apuntamos, ocasionalmente se llevó ante los tribunales a los responsables de los crímenes, y, a pesar de ser un tema importante de los gobiernos de turno, éstos se encontraron con que para mantener la paz necesitaban transigir de la justicia retributiva o correctiva¹⁶¹². Asimismo, en cuanto a la reparación de tipo compensatorio, debido a la falta de voluntad política por un lado y a la situación económica de estos países emergentes por otro, los mismos carecían de fondos suficientes para cubrir las necesidades de un conglomerado tan elevado de víctimas¹⁶¹³; en consecuencia, aunque en ocasiones se logró poner en práctica mecanismos de reparaciones, es necesario adelantar que la *restitutio in integrum* para violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos es imposible, dígame por el ejemplo del escenario donde se produjo la muerte de la víctima o fue torturada sistemáticamente, y también en caso de daño material, como la destrucción de propiedades, las nuevas infraestructuras muchas veces no logran llenar el vacío espiritual provocado tras el daño causado. En ese sentido, la satisfacción completa es muy difícil de lograr.

No obstante, utilizaremos algunos ejemplos prácticos de países latinoamericanos para determinar en qué medida las reparaciones han satisfecho como mínimo algunas de las expectativas del derecho a reparación de las víctimas de los conflictos armados internos con las dificultades que ello comporta, bien sea porque como hemos anotado anteriormente muchos de estos Estados se encuentran en situaciones de posconflicto y porque se han valido de la creación de comisiones de la verdad, de reconciliación y esclarecimiento histórico para impulsar toda una serie de medidas estructurales de

¹⁶¹² Cortés Rodas, Francisco, “Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional”, en *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*, Camila de Gamboa Tapias (edit.), Universidad del Rosario, Colombia, 2006, pp. 85-112 (86-87).

¹⁶¹³ Tomuschat, Christian, “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, *loc. cit. supra* en nota 1591, p. 176.

pacificación, transformación de las instituciones estatales y en conjunto contribuir a que las víctimas al menos conozcan la verdad de los hechos.

De todos modos, se advierte también que poco podría decirse de ejemplos prácticos tangibles latinoamericanos en los que, a decirse de la obligación de los Estados de reparar a las víctimas – personas civiles –, concretamente en los escenarios donde predominó la existencia de conflictos armados internos antes que el terrorismo de Estado o dictadura, y cuyos ejemplos pueden ser El Salvador, Perú, Nicaragua, Guatemala y Colombia¹⁶¹⁴, hayan cumplido a plenitud con la función reparadora, como apuntaron sus respectivas comisiones de la verdad. Lo que no significa que citarlos aquí deje de ser importante, pues nunca es tarde para que un país asuma sus obligaciones para con sus propios ciudadanos; es lo que todavía están llevando a cabo principalmente Alemania y Austria a partir de 1990 y 2000 al aprobar leyes y programas para que sus ciudadanos afectados durante la Segunda Guerra Mundial puedan ser compensados, y lo mismo podría decirse de los tribunales de Grecia al reconocer la aplicación directa del citado artículo 3 de la Convención de La Haya de 1907¹⁶¹⁵.

Por tanto, conociendo ya el derecho a reparación que tienen las víctimas de los conflictos armados internos por haber sido objeto de los crímenes más graves, es necesario destacar en qué medida se está cumpliendo con esa obligación por los actores responsables. Comenzando con El Salvador (1979-1992), la Comisión de la Verdad creada en 1991 recomendó el establecimiento de un fondo especial para contribuir a la reparación material de las víctimas, el cual debería estar dirigido por tres miembros, uno designado por el Estado, otro por la ONU y otro por los dos primeros, mientras llamó a la comunidad internacional para que hiciera sus aportes; en cuanto a las reparación moral, recomendó la construcción de un monumento nacional con los nombres de todas las víctimas identificadas, reconocimiento de honorabilidad, declaración de un día

¹⁶¹⁴ Galvis Patiño, María Clara, “Informe comparativo”, en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 1-33 (2).

¹⁶¹⁵ Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, *loc. cit. supra* en nota 1320, rule 150, p. 543-545; también Gattini, Andrea, “War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 224-242 (227); Chiara Gillard, Emanuela, “Reparation for Violations of International Humanitarian Law”, *loc. cit. supra* en nota 1592, p. 543; Tomuschat, Christian, “Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law”, en *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Albrecht Randelzhofer and Christian Tomuschat (eds.), Martinus Nijhoff Publishers / Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, pp. 1-26 (1).

feriado conmemorativo¹⁶¹⁶ y creación de un Foro de la Verdad y Reconciliación¹⁶¹⁷. Desde entonces ninguna autoridad ejecutiva de El Salvador cumplió con lo acordado¹⁶¹⁸, y tardíamente, el 5 de Mayo de 2010 se dicta el Decreto No. 57 por el que se establece la Comisión Nacional de Reparación a las Víctimas de Violaciones de los Derechos Humanos cometidas durante del conflicto, y en el año 2013, el Decreto No. 204, de 23 de octubre, que crea el Programa destinado a realizar las reparaciones¹⁶¹⁹, comenzando a funcionar en julio de 2014.

Ello viene a constituir un paso importante en cuanto a que durante el conflicto armado el crimen más atroz cometido lo constituyó el delito de desaparición forzada de personas. Debido a la política de olvido e impunidad implementada por los gobiernos sucesivos, los responsables nunca fueron perseguidos, en detrimento del deseo de las víctimas que buscaron durante años después del conflicto que se conociera la verdad, se hiciera justicia y con ello se dieran las debidas reparaciones; inacción que fue denunciada ante la Corte IDH en el caso *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, en el que la Corte de inmediato adelantó que las autoridades están obligadas a investigar en un tiempo razonable los hechos y dar a conocer la verdad, a los efectos de satisfacción de los familiares de las presuntas víctimas¹⁶²⁰, ello sin perjuicio evidentemente de que se otorgue una reparación integral y plena por los daños ocasionados, como iremos apuntado.

Respecto a Perú (1992-2000), la Comisión de la Verdad y Reconciliación fundada en 2001 recomendó al Estado llevar a cabo un Programa Integral de Reparaciones (PIR), entre las que figuraban reconocer la calidad de víctimas, contribuir a su recuperación moral, mental y física, compensar económica y socialmente a las familias y comunidades afectadas durante el conflicto armado; del mismo modo, promovió la

¹⁶¹⁶ En enero de 2007, por mandato de la Corte IDH en el caso las Hermanas Serrano Cruz, por ley se designó el 29 de marzo de cada año el “*Día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado*”.

¹⁶¹⁷ Véase estas recomendaciones en el informe de la Comisión en: <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/Recomendaciones-Epilogo.pdf>, pp. 196-197, fecha de consulta 10 de julio de 2014.

¹⁶¹⁸ Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz: Hacia un Modelo para el Castigo de los Crímenes Pasados a Través de la Experiencia Iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007, p. 369.

¹⁶¹⁹ Véase el Decreto en: <http://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2013/10-octubre/23-10-2013.pdf>, fecha de consulta 10 de julio de 2014.

¹⁶²⁰ CIDH, *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, sentencia fondo, reparaciones y costas, 11 de marzo de 2005, p. 30, par. 48.1 y ss., y pars. 62 - 66.

realización de reparaciones simbólicas, que contribuyeran a reconocer la gravedad de los crímenes cometidos, disculpas públicas por parte de los altos cargos del Estado a las víctimas, incluyendo cartas alusivas a los hechos acreditando el título de víctimas a los familiares, explicación pública de la verdad mediante difusión masiva de los informes de la Comisión, placas conmemorativas en espacios públicos, etc.¹⁶²¹

Todo ello a nivel de compromiso estatal es muy importante, pero en la sociedad peruana la percepción tenida en principio era que las reparaciones a las víctimas son más bien canalizadas cuando la justicia retributiva logra su objetivo¹⁶²², y eso es precisamente lo que no funciona pese al mayor esfuerzo del Estado y las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos en conseguirlo desde que comenzó la transición democrática en 2001, lo cual parece imposible, siendo una de las principales razones que los partidos políticos de antaño y sus personalidades más influyentes continúan vinculados con el poder político, a veces ejerciéndolo¹⁶²³, y por otro lado, la mayoría de los casos se encuentran archivados por falta de pruebas oficiales vinculantes, sobre todo en el sector del ministerio de defensa, dificultando de ese modo el carácter probatorio de los hechos, además de que los llamados subsistemas penales de derechos humanos creados con el fin de perseguir a los culpables están centralizados, es decir, tienen su asiento sólo en las principales demarcaciones territoriales; se añade también la falta de protección especial de testigos, la falta de recursos de las víctimas para ventilar por iniciativa propia sus demandas, y la ausencia de motivaciones políticas institucionales de los últimos gobiernos; de todos modos, un caso ejemplar es la condena a 25 años de reclusión realizada el 7 de abril de 2009 contra el ex presidente Alberto Fujimori por diversos crímenes, llegándose a tipificar algunos de ellos como crímenes contra la humanidad, según sentencia confirmada el 30 de diciembre de 2009 por la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶²¹ Véase el conjunto de recomendaciones en el informe de la Comisión disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/ix/22.pdf>, pp. 147, 159, 162-163, 166, fecha de consulta 10 de julio de 2014.

¹⁶²² Laplante, Lisa, “Después de la Verdad: Demandas para Reparaciones en el Perú Postcomisión de la Verdad y Reconciliación”, en *Antipoda*, n. 4, 2007, pp. 119-145 (134).

¹⁶²³ De Gamboa Tapias, Camila y Mejía Giraldo, José Alejandro, “El caso peruano: un análisis del mundo transicional en el posconflicto”, en *El tránsito hacia la paz: de las herramientas nacionales a las locales. Estrategias de la transición en cinco países y en tres ciudades colombianas*, Camila de Gamboa Tapias (edit.), Universidad del Rosario, Colombia, Bogotá, D.C., 2010, pp. 143-181 (178).

Asimismo, en lo que respecta al tema de las reparaciones concretamente, las de tipo compensatorio son las que han primado en los tribunales¹⁶²⁴. Y, en el ámbito público por ejemplo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación estimó que el costo de las reparaciones económicas alcanzaría unos mil millones de dólares, lo que equivaldría al 1,4% del producto interno bruto de Perú, de modo que el ex presidente Alan García (2006-2010) pretendió aplicarlo preferentemente de forma colectiva entre las comunidades afectadas ante las dificultades de alcanzar el mayor número posible si se considerase implementarlo de forma individual, y ello ha tenido tanto impacto haciendo que las demás medidas de reparación aquí apuntadas han pasado a un segundo plano¹⁶²⁵. De todos modos, las reparaciones económicas individuales continúan junto a las colectivas, de lo cual el presidente actual Ollanta Humala ha sido un gran impulsor.

La Corte IDH ha hecho grandes contribuciones en cuanto a reparaciones colectivas e individuales se refiere, hasta el punto de que, aparte de la compensación económica acordada, ha reconocido que la sentencia dada por la Corte en sí misma constituye un mecanismo de reparación moral, como lo fue en el caso *Castillo Pretruzzi y otros v. Perú*,¹⁶²⁶; mientras que, de otro lado, en el caso *Loayza Tamayo v. Perú*, ha aceptado la solicitud de la víctima para que se le repara su proyecto de vida, entendido, según la Corte, como “una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, que implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”, y que por tanto se debe reparar por los medios adecuados¹⁶²⁷.

En Nicaragua (1979-1984), pese a la ausencia de comisión de la verdad y reconciliación, la transición hacia la democracia en 1990 tuvo sus éxitos al lograrse la

¹⁶²⁴ Rivera, Carlos, “Perú”, en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 191-218 (201-210, 217). En un contexto más amplio y general véase Guillerot, Julie y Magarrell, Lisa, *Reparaciones en la Transición Peruana: Memorias de un Proceso Inacabado*, Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) – International Center for Transitional Justice (ICTJ), Perú, 2006.

¹⁶²⁵ De Gamboa Tapias, Camila y Mejía Giraldo, José Alejandro, “El caso peruano...”, *loc. cit. supra* en nota 1623, p. 164.

¹⁶²⁶ CIDH, *Castillo Pretruzzi y otros v. Perú*, sentencia 30 de mayo de 1999, par. 225.

¹⁶²⁷ CIDH, *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas), pars. 150-151.

desmovilización de los combatientes y su reinserción¹⁶²⁸, pero las sucesivas autoridades en el poder olvidaron crear políticas públicas tendientes a reparar a las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas durante el conflicto armado¹⁶²⁹. En todo caso, las reparaciones posconflicto se desarrollaron en la concesión de tierras y recolocación de familias desplazadas, si bien no hubo una política pragmática de reparaciones porque el gobierno revolucionario sandinista evitó responsabilizarse de las consecuencias del conflicto atribuidas a los “*contras*”, y ante el alegato de que Estados Unidos debía asumir su obligación de compensar, como ordenó la CIJ, al Estado nicaragüense por su apoyo a los “*contras*” en las actividades subversivas, la presidencia estadounidense de Ronald Reagan desoyó el mandato, vetó una resolución del Consejo de Seguridad en ese sentido y votó en contra también de una Resolución de la Asamblea General al respecto¹⁶³⁰.

En cuanto a Guatemala (1979-1985), donde hubo evidencias creíbles de que se cometió genocidio, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1994), al formular sus recomendaciones sobre reparaciones a las víctimas del conflicto armado, destacó, entre otras, dos importantes medidas, una para preservar la memoria histórica y la otra de reparación propiamente dicho. En cuanto a la primera llamó al Presidente de la República a pedir perdón por los crímenes cometidos por las fuerzas armadas y el ejército, declaración del Congreso de la República dirigida a las víctimas en la que reconociera su dignidad y honra, y en el mismo sentido a la antigua comandancia de la Unidad Nacional Revolucionaria Guatemalteca; y en sentido general actos que contribuyan a dignificar a las víctimas como construcción de monumentos, asignación de vías públicas con los nombres de los fallecidos, escuelas y edificios públicos. Respecto al segundo postulado, el de reparaciones exclusivamente, conminó al gobierno a que impulsara un Programa Nacional de Reparación a través de una ley especial

¹⁶²⁸ Rothchild, Conflict, “Third-Party Incentives and the Phases of Conflict Prevention”, en *From Promise to Practice: Strengthening UN Capacities for the Prevention of Violent Conflict*, Chandra Lekha Sriram & Karin Wermester (eds.), Lynne Rienner Publishers, Inc. and International Peace Academy, Inc., Colorado, The United States of America, 2003, pp. 35-66 (58).

¹⁶²⁹ Filippini, Leonardo y Magarrell, Lisa, “Instituciones de la Justicia de Transición y el Contexto Político”, en *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Angelika Rettberg (comp.) Uniandes (Universidad de los Andes), Colombia, Bogotá, D.C., 2005, pp. 143-168 (157).

¹⁶³⁰ Phillips, James, “When the Governments Fail: Reparation, Solidarity, and Community in Nicaragua”, en *Waging War, Making Peace: Reparations and Human Rights*, Barbara Rose Johnstone & Susan Slyomovics (eds.), Left Coast Press, Inc. California, The United States of America, 2009, pp. 57-74 (66-68). La cantidad que debía pagar Estados Unidos fue acordada en mil setecientos millones de dólares, véase Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict:...*, loc. cit. supra en nota 72, p. 179.

aprobada a esos fines, y una vez los beneficiarios fueran identificados, se les proporcionase restitución (en su caso sus tierras), compensación económica, medidas de rehabilitación psicosocial y de satisfacción moral y simbólica¹⁶³¹.

Las medidas enunciadas han sido poco aplicadas, los programas de atención psicosocial han estado ausentes desde que la Comisión señalada los propuso, y cuando se intentó falló la logística a causa de los enfrentamientos entre las personas que individualmente perseguían su derecho a reparación y aquéllos que formaban asociaciones con el mismo objetivo; y, en relación a las reparaciones de tipo económico, el gobierno de momento implementó la concesión de cheques, lo cual, pese a las necesidades materiales que atraviesan las víctimas, su mayor deseo habría sido que los culpables fuesen procesados y condenados, por ello es que algunas demandas penales habrían sido interpuestas sin constitución en parte civil, como una forma de demostrar la importancia de la justicia penal para las víctimas y sus familias, en vez del dinero¹⁶³².

Existen varias causas por las que se cree que las recomendaciones de la Comisión fueron ignoradas, entre las que podemos señalar la inacción de las autoridades políticas de llevar a cabo las reformas constitucionales e institucionales requeridas que cambiaran el *statu quo* de entonces, los intereses políticos orquestados por las principales agrupaciones políticas que vieron la transición como una forma de alcanzar posición dominante, tomar control de ciertas áreas, afianzar sus dominios y ocuparse tan sólo de la reconciliación nacional, pero de las élites del poder; además del alto índice de desigualdad social, en la que cada colectividad lucha por sus propios objetivos¹⁶³³.

De todos modos, parcialmente y con muchas dificultades, se han logrado avances. Por ejemplo, por decreto de 25 de febrero de 2004 se conmemora el 25 de febrero de cada año como Día Nacional de la Dignidad de las Víctimas; mientras, el Programa Nacional

¹⁶³¹ Informe de la Comisión, Guatemala, Memoria del Silencio, tomo V, Conclusiones y Recomendaciones, Oficina de Servicios para Proyectos para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, junio de 1999, pp. 61-63. Ver informe en: http://www.gt.undp.org/content/dam/guatemala/docs/publications/UNDP_gt_PrevyRecu_MemoriadelSilencio.pdf, fecha de consulta 24 de abril de 2014.

¹⁶³² Leonardo Segura, Mónica, “Guatemala”, en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 157-190 (185-186).

¹⁶³³ Sooka, Yasmin, “Dealing with the Past and Transitional Justice: Building Peace through Accountability”, en *IRRC*, vol. 88, n. 862, 2006, pp. 311-325 (324); Tomuschat, Christian, “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, *loc. cit. supra* en nota 1591, pp. 172-173.

de Resarcimiento (creado el 7 de mayo de 2003), que tiene como objetivo dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, comenzó su andadura en 2005, si bien, a la iniciativa, se denuncia que las compensaciones económicas otorgadas de manera individual y colectiva, así como el otorgamiento de viviendas, solamente han beneficiado especialmente a quienes han tenido vinculación con los partidos políticos afines a los gobiernos, a lo que se añade la carencia de presupuesto suficiente cada año para cubrir las principales demandas; se señala que las autoridades promocionan falsas expectativas y que las reparaciones integrales y de restitución de tierras han sido nulas, entre otras anomalías denunciadas por la Red de Organizaciones Sociales y Víctimas del Conflicto Armado Interno en Guatemala, presentado a la ONU en 2012¹⁶³⁴.

En otro orden de ideas, un ejemplo del escaso esfuerzo por parte del Estado en reparar a las víctimas del conflicto, ha sido el caso *Masacre de Plan de Sánchez*, el cual por su magnitud y significado conviene resaltar: aquí la Corte IDH condenó al Estado de Guatemala a la realización de programas de desarrollo diferentes a las que por razón del presupuesto nacional destinado a la comunidad Plan de Sánchez le corresponde; en concreto, dispuso que dichos programas vayan destinados a fomentar la cultura maya “achí”, como la difusión de su lengua, mejorar el sistema de comunicación vial entre las comunidades mayas vecinas y del alcantarillado, el suministro de agua potable, dotar a las escuelas de personal docentes de lengua bilingüe, construir un centro de salud en la comunidad y contribuir en la formación del personal sanitario del Centro de Salud Rabinal, para mejorar la atención médica y psicológica, etc.¹⁶³⁵ El resultado fue que el Estado debía compensar a unas 236 víctimas y familiares (unas 317 personas) de la etnia maya del genocidio cometido por las autoridades y sus actores en 1982 y durante todo el conflicto, el cual como se dijo se cobró la vida de una 200.000 personas mayoritariamente civiles e indígenas según los datos manejados por la Comisión de Esclarecimiento Histórico, aunque abiertamente haya negado que ese crimen fuera cometido, y que la Corte también rehusó calificar¹⁶³⁶.

¹⁶³⁴ Informe preparado por la Red de Organizaciones Sociales y Víctimas del Conflicto Armado Interno en Guatemala, presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2012; ver informe en: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session14/GT/JS5_UPR_GTM_S14_2012_JointSubmission5_S.pdf, fecha de consulta 24 de mayo de 2014.

¹⁶³⁵ CIDH, *Masacre de Plan Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 2004, par. 110.

¹⁶³⁶ Evans, Christine, *The Right to Reparation in International Law for Victims...*, loc. cit. supra en nota 1569, p. 71.

La situación en Colombia (desde 1948 hasta la actualidad) es otro caso muy notorio, y como tal complejo, ello porque el conflicto aún persiste. En ese sentido, no se puede hablar de un programa de reparación integral multidimensional a las víctimas del conflicto armado sin que previamente se advierta del alto grado de repetición de los crímenes; pero es evidente que el Estado en los últimos años ha estado dando pasos alentadores para que ello no vuelva a ocurrir, y lo está haciendo mediante el empleo de la justicia transicional que ha ido planteándose e introduciéndose de modo progresivo por medio de negociaciones de paz puestas sobre la mesa desde 1980¹⁶³⁷.

Desde entonces el reto consiste en saber cómo conciliar el hecho de tener que perseguir los crímenes con ciertas dosis de impunidad sin menoscabo del derecho a reparaciones de las víctimas, y sin que ni el uno ni el otro vulneren sus objetivos primarios, pues ambas obligaciones son exigidas por el derecho internacional de modo insoslayable, y ello ha sido el estandarte de las organizaciones gubernamentales e intergubernamentales de defensa de los derechos humanos cuando denuncian los crímenes, promueven su persecución y exigen reparación a las víctimas¹⁶³⁸. En cuanto a lo primero, la CPI como pudimos señalar, está siendo vigía del compromiso del Estado asumido en el Estatuto de Roma de perseguir a los responsables de esos crímenes, mientras que lo segundo depende en gran medida de la existencia de una violación constatada y demostrada primeramente por los órganos jurisdiccionales.

Dicho esto, podríamos poner como punto de partida hacia un plan de reparación integral y multidimensional la citada Ley 975 de 25 de julio de 2005 (Ley de Justicia y Paz), la cual, aparte de establecer distintos mecanismos de conocimiento de la verdad, justicia, reconciliación y paz, así como la desmovilización y reinserción de los miembros de grupos armados, presenta fórmulas dirigidas a reparar a las víctimas (artículos 1, 8 y capítulo IX), todos ellos componentes de la llamada justicia restaurativa¹⁶³⁹, por lo que

¹⁶³⁷ Valencia Agudelo, Germán Darío y Mejía Walker, Carlos Alberto, “Ley de Justicia y Paz, un balance de su primer lustro”, en *Perfil de Coyuntura Económica*, n. 15, 2010, pp. 59-77 (61-62).

¹⁶³⁸ Guzmán, Diana Esther y otros, “Colombia”, en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 95- 125 (102).

¹⁶³⁹ Montero Linares, Pedro, “Derechos de las Víctimas en el Tránsito Hacia la Normalización Judicial (la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición)”, en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (coords.),

es más completo y con un enfoque menos penalizador que la justicia retributiva. Un punto negativo de esta Ley que rompe con el criterio internacionalmente conocido es que considera víctima sólo a quien haya sufrido un daño transitorio o permanente (y por tanto su familia directa o de primer grado de consanguinidad en caso de muerte o desaparición) de parte de los grupos armados al margen de la ley (grupos armados organizados), excluyendo por tanto los daños ocasionados por las fuerzas armadas del Estado y sus actores (artículo 5), lo cual podría atribuirse al hecho de que es una Ley que persigue principalmente la desmovilización y reinserción de los grupos armados y por ende la reparación obligatoria a las víctimas de esos grupos, pero también es signo de falta de equidad para las víctimas que han sido objeto de abusos por parte de las fuerzas y agentes del Estado involucrados en el conflicto¹⁶⁴⁰.

No obstante, cabe subrayar que, respondiendo a varias muestras de inconformidad y demandas por amplios sectores de la sociedad colombiana antes y después de la aprobación y posterior aplicación de la Ley¹⁶⁴¹, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional algunas disposiciones y artículos de la citada Ley, y por otro lado reformó o suprimió algunas expresiones en 2006, con la finalidad de adecuarla a los estándares internacionales mínimos en lo que se refiere a la lucha contra la impunidad y los derechos de las víctimas (sentencia C-370, 18 de mayo de 2006 y sentencia C-575, de 25 de julio de 2006), y cuyo contenido versó, entre otras cuestiones, sobre la obligación que tienen quienes se acojan al programa de reducción de penas (de entre cinco y ocho años) de contar toda la verdad y responder con su patrimonio a las víctimas a modo de compensación, además de coadyuvar por una completa reparación,

Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria / Universidad Carlos III de Madrid, Colección Electrónica, n. 2, año 2013, Madrid, España, pp. 151-160 (154).

¹⁶⁴⁰ La omisión en la definición de víctima fue subsanada con la aprobación de la Ley 1448, de 10 de junio de 2011 (conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras), pero limitando a la aplicación temporal de los crímenes, es decir, a los hechos ocurridos a partir de 1985 (artículo 3), dejando desamparadas al tenor literal de la Ley a las víctimas de años anteriores, lo cual va en contra del principio que señala la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales más graves estudiados en secciones anteriores. En cualquier caso destacar que Colombia ratificó los Convenios de Ginebra de 1949 en el año 1961, por lo que puede verse obligada a extender el ámbito de aplicación temporal a esa fecha en lo que concierne al artículo 3 común.

¹⁶⁴¹ Véase comentario y relación de organismos en Díaz Gómez, Catalina, “La Reparación de las Víctimas de la Violencia Política en Colombia: Problemas y Oportunidades”, en *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*, Camila de Gamboa Tapias (edit.), Universidad del Rosario, Colombia, 2006, pp. 518-551 (518), nota a pie de página 2.

antes que la obligación primaria del Estado a título subsidiario¹⁶⁴². Posteriormente dicha Ley fue modificada en 2012 (Ley 1592, de 3 de diciembre de 2012), completando en algunos puntos a la primera en lo referente a la reparación integral y reforzando el proceso penal seguido al victimario.

Pues bien, partiendo de que la Ley da inicio a un proceso de justicia restaurativa, en el que los desmovilizados y las víctimas son los principales protagonistas, estando los primeros obligados a entregar los bienes sustraídos para ser dispuestos a los segundos a modo de reparación, se pretendía que el número de condenados y por tanto de víctimas a reparar fuera el mayor número posible en lo que a sentencias judiciales se refiere. Sin embargo, como hemos apuntado en apartados anteriores, no ha sido así, de 31.671 miembros del grupo armado AUC que entregaron las armas de 2003 a 2006, más otros 3.682 que lo hicieron de forma individual entre 2002 y 2009, para un total de 35.353 desmovilizados¹⁶⁴³, escasas condenas se produjeron bajo el amparo de la referida Ley de Justicia y Paz, pues según Amnistía Internacional más del 90% fueron amnistiados¹⁶⁴⁴, y tan sólo 14 paramilitares han sido condenados según señala el informe elaborado por la Fiscalía de la CPI sobre la situación en Colombia, y en términos generales, cerca de 300 miembros de grupos armados incluyendo paramilitares han sido condenados por la justicia ordinaria, sobre todo personas de mayor responsabilidad en el grupo al margen de la ley¹⁶⁴⁵. Por tanto, la reparación integral de las víctimas ha tenido mayor peso siguiendo la vía administrativa como veremos en lo sucesivo.

La Ley de Justicia y Paz derivó en la creación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, que tiene por finalidad encarnar los objetivos para la cual fue aprobada

¹⁶⁴² Véase comentarios en Doc. de la Comisión Colombiana de Juristas, *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz: Una Mirada desde los Derechos de las Víctimas*, Gustavo Gallón Giraldo, Michael Reed Hurtado y Catalina Lleras Cruz (eds.), Bogotá, Colombia, 2007, pp. 17, 25.

¹⁶⁴³ Guzmán, Diana Esther y otros, “Colombia”, en *Las Víctimas y la Justicia Transicional...*, *loc. cit. supra* en nota 1638, p. 98, nota al pie 3. Hasta marzo de 2014 se hablaba de 31.926 desmovilizados de forma colectiva, mientras que 24.432 de modo individual, para un total de 56.358 desmovilizados, de ellos 30.404 han sido atendidas por el proceso de reintegración. Véase datos en: Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR), *Reintegración en Colombia: Hechos y Datos*, véase en <file:///C:/Users/Israel/Downloads/colombia.pdf>, fecha de consulta 30 de mayo de 2014.

¹⁶⁴⁴ Amnistía Internacional, *Colombia: Invisibles ante la Justicia. Impunidad por Actos de Violencia Sexual Cometidos en el Conflicto: Informe de Seguimiento*, Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, España, 2012, p. 11.

¹⁶⁴⁵ Véase Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012..., *loc. cit. supra* en nota 960, pp. 5-6, pars. 12-13.

la Ley en lo referente a la garantía de reparación a las víctimas¹⁶⁴⁶, y en ese sentido, a través de su área de investigación cual es el Grupo de Memoria Histórica, ha hecho un imponente trabajo, al menos en lo que se refiere a conocer la verdad de algunas masacres cometidas contra personas civiles¹⁶⁴⁷; y, por otro lado, la Ley ordenó crear el Fondo para la Reparación de las Víctimas (establecido mediante el Decreto 3391, de 29 de septiembre de 2006), cuyos recursos provendrán de quienes se acojan a la Ley, del Estado y donaciones¹⁶⁴⁸.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación comenzó a operar en 2007, pero fue perdiendo funciones en la medida que se seguían aprobando nuevas iniciativas legislativas y reglamentarias, como el Decreto 1290 de 22 de abril de 2008, por el que se crea el Programa de Reparación Individual por Vía Administrativa, es decir, sin que la víctima tenga que acudir primero a la vía judicial para ver resarcidos los daños ocasionados. El problema fundamental de este programa es que tampoco consideraba como víctimas a quienes habían sufrido vejaciones por parte de las actuaciones de los actores estatales. La situación cambió con la aprobación e implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448, de 10 de junio de 2011), al considerar también víctimas a aquellas personas que sufrieron daño por parte de los actores estatales, permitiendo entonces que el número de personas a reclamar reparación aumentara vertiginosamente. En ese mismo orden, la citada Ley crea el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas del Conflicto Armado (SNARIV), coordinado a su vez por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a

¹⁶⁴⁶ Algunas de sus atribuciones también pueden verse en el Decreto 3391, de 29 de septiembre de 2006.

¹⁶⁴⁷ Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Trujillo, Una Tragedia Que No Cesa*, Área de Memoria histórica, Planeta, Bogotá, D.C. 2008; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Recordar y Narrar el Conflicto. Herramientas para Construir Memoria Histórica*, Fotoletras, S.A., Colombia, 2009; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Memorias en Tiempos de Guerra. Repertorio de Iniciativas*, Puntoaparte, Colombia, 2009; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La Masacre del El Tigre Putumayo*, Pro-offset Editorial, S.A., Bogotá, D.C. Colombia, 2011; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La Rochela: Memorias de Un Crimen contra la Justicia*, Taurus, Bogotá, Colombia, 2010; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La Masacre de El Salado: Esa Guerra no Era Nuestra*, Taurus, Bogotá, Colombia, 2009; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La Masacre de Bahía Portete: Mujeres Wayuu en la Mira*, Taurus, Bogotá, Colombia, 2010; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación Conceptual*, Editorial Kimpres Ltda, Bogotá, D.C. Colombia, 2009; Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Bojayá; La Guerra sin Límites*, Taurus, Bogotá, Colombia, 2010.

¹⁶⁴⁸ Este último pasó a llamarse posteriormente Fondo para la Reparación de las Víctimas de la Violencia, con la que adquirió nuevas fuentes de adquisiciones de capital y bienes (Ley 1448, de 10 de junio de 2011, artículo 177).

las Víctimas (Decreto 4802, de 20 de diciembre de 2011), además de un conjunto de decretos leyes y reglamentos sancionados con el mismo objetivo, es decir, dirigido a la reparación integral de las víctimas de la violencia armada¹⁶⁴⁹. Todo ello ha hecho que Colombia cuente con las herramientas necesarias para que las víctimas puedan ser reparadas; un éxito a medio plazo, ya que los recursos son limitados, como así reconoció el presidente saliente Álvaro Uribe en 2005¹⁶⁵⁰.

En total, se puede avanzar de forma no exhaustiva que cientos de miles de víctimas y sus familias afectadas por algún crimen internacional relacionado con el conflicto armado interno, como homicidio, violencia sexual, desapariciones forzadas de personas, reclutamiento de niños menores de edad y traslado forzoso de la población¹⁶⁵¹, han sido reparadas a nivel compensatorio o económico y material, dividiéndose en dos etapas, una correspondiente al período del segundo mandato del ex presidente Álvaro Uribe (2006-2010), - de acuerdo a algunos datos no oficiales se entregaron hasta el 2010 aproximadamente 317.231.243 USD¹⁶⁵² -, y el otro período correspondiente al

¹⁶⁴⁹ Decreto Ley 4633 del 9 de diciembre de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los Pueblos y Comunidades indígenas; Decreto Ley 4635 del 9 de diciembre de 2011, Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; Decreto 4634 del 9 de diciembre de 2011, por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rom o Gitano; Decreto 4800 del 20 de diciembre de 2011, “por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones; Decreto 4829 del 20 de diciembre de 2011, “por el cual se reglamenta el capítulo 111 del título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras; Decreto 0790 del 20 de abril de 2012, “por el cual se trasladan las funciones del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia-SNAIPD al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas y del Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada-CNAIPD al Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Véase relación en Ministerio del Interior República de Colombia, *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y Decretos Reglamentarios, por la que se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*, Ministerio del Interior, Bogotá, Colombia, 2012, ver en: <http://portalterritorial.gov.co/apc-aa-files/40743db9e8588852c19cb285e420affe/ley-de-victimas-1448-y-decretos.pdf>, fecha de consulta 26 de mayo de 2014.

¹⁶⁵⁰ Doc. de la Comisión Colombiana de Juristas, *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz...*, loc. cit. *supra* en nota 1642, p. 106.

¹⁶⁵¹ En septiembre del 2008 les fueron entregadas a 75 familias campesinas 2.000 hectáreas de tierras en Costa de Oro y El Porro, que habían sido desplazadas por el AUC, mientras que otras 29 familias también desplazadas por el mismo grupo armado les fue facilitado el retorno a Córdoba entregándosele la Parcela El Porro. Véase al respecto II Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La Reintegración: Logros en Medio de Rearmes y Dificultades no Resueltas*, Bogotá, DC, 2010, p. 68, ver en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/indicadores-de-gestion/2013>, fecha de consulta 27 de mayo de 2014.

¹⁶⁵² Existen pocos datos oficiales contables asequibles a través de las tecnologías de la información que nos orienten sobre la cantidad de víctimas que han sido compensadas. No obstante, la cifra indicada corresponde, según el economista Frank Pearl, a la entrega de 93 predios (por valor de 11.124.323 USD, equivalente a 20.600.598.931 COP), mientras que el programa de reparación individual otorgó en el año

presidente actual Juan Manuel Santos (2010-?) según el cual, con la intención de dejar su propio legado, pudimos observar que los dos primeros dos años de su mandato hubo una fuerte reacción por aprobar leyes y decretos dirigidos a la reparación a las víctimas; durante el año 2012 se tiene constancia de que se atendió satisfactoriamente a 146.015 víctimas del conflicto armado interno en Colombia, otorgándoseles compensaciones vía administrativa por importe de 440.736.066,97 USD, equivalentes a 831.557.484.844 COP¹⁶⁵³, por diferentes crímenes, mientras que en el año 2013 se realizaron 137.907 Planes de Atención, Asistencia y Reparación Integral (PAARI), de entre los cuales se lograron realizar 89.005 giros en compensaciones por diversos crímenes para un total de 297.487.410 USD (561.297.000.000 COP), incluyendo medidas de reparación psicosocial y moral individual y colectiva¹⁶⁵⁴.

2009 por vía administrativa 108.000 USD (200.000.000 COP); 15.198.840 USD (28.146.000.000 COP) repartidos entre 1.561 casos por desapariciones forzadas de personas; 131.220 USD (243.000.000 COP) divididos en 15 pagos para personas víctimas del delito contra la libertad e integridad sexual; y 82.271.160 USD (152.354.000.000 COP) para compensar a las personas víctimas de 7.887 expedientes de homicidios; también 3.261.060 USD (6.039.000.000 COP) repartidos entre las víctimas de 403 asuntos de reclutamiento de menores de edad y, 4.025.700 USD (7.455.000.000 COP) a las víctimas de 375 juicios condenatorios de secuestros; asimismo, 3.110.940 USD para las víctimas de 351 casos de lesiones físicas y psicológicas con incapacidad permanente; más otros 162.000.000 USD (300.000.000.000 COP) que se previó entregar en el año 2010. Datos extraídos de, Pearl, Frank, *Buscando un Equilibrio entre la Justicia y la Paz: Avances y Perspectivas de la Ley 975 de 2005*, Corporación para el Siglo XXI y la Corporación Konrad Adenauer, Bogotá, Colombia, 2010, pp. 20-21, ver en: <http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/colombia-buscando-un-equilibrio-entre-la-justicia-y-la-paz-2010.pdf>, fecha de consulta 27 de mayo de 2014. Las cifras han sido convertidas en dólares estadounidenses utilizando la tabla de conversión de la siguiente web: <http://themoneyconverter.com/ES/COP/USD.aspx>, fecha de consulta 30 de julio de 2014.

¹⁶⁵³ El 79.7% correspondió a compensación por homicidios, 13.9% por desapariciones forzadas de personas y el resto por otros delitos, véase Informe de la Contraloría General de la República a la Corte Constitucional de Colombia, *Evaluación de los Procesos de Indemnización Administrativa y de Participación de las Víctimas de la Violencia en Colombia –año fiscal 2012*, pp. 32-33, ver en: <http://www.contraloria.gov.co/documents/155638087/161616402/Informe+Indemnizaci%C3%B3n+Administrativa.pdf/f3972d84-3451-44da-829a-240b79fc5c10?version=1.0>, fecha de consulta 28 de mayo de 2014.

¹⁶⁵⁴ Distribuidos de la siguiente manera: 534 víctimas beneficiadas en sentencias judiciales; compensación a 5.540 niños, niñas y adolescentes con encargo fiduciario por valor de 17.068.650 USD (32.205.000.000), mientras que a otros 2.275 se le dio seguimiento incluyendo a 362 mujeres; por otro lado, 8.981 hogares por desplazamientos forzados fueron compensados por valor de 23.323.710 USD (44.007.000.000 COP), de las cuales 601 víctimas correspondían a casos judiciales, todo correspondiente a reparaciones individuales, mientras que las colectivas se encuentra en fase de construcción con 72 planes de acción, aprobándose 10 de ellos para diferentes comunidades, y otros tantos planes, unos cien, para familias que deseen retornar a sus tierras, construirles planes de vida; resaltar que en cuantos a planes colectivos se han logrado capacitar funcionarios y servidores de comunidades afectadas, para que puedan asistir a las víctimas; también se han implementado medidas de rehabilitación comunitaria, orientadas en la reconstrucción social, etc. Véase estos datos y redición de cuentas en la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, *Informe de Gestión, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 31 de Diciembre de 2013*, ver en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/indicadores-de-gestion/2013>, fecha de consulta 28 de mayo de 2014. La conversión de la moneda fue realizada en la web: <http://themoneyconverter.com/ES/COP/USD.aspx>, fecha de consulta 31 de mayo de 2014.

Cabe subrayar que las compensaciones entregadas en el año 2013 van acompañadas, por un lado, de un plan de ayuda a la inversión adecuada de los recursos, puesto en marcha por el Estado a cargo de un Subcomité de indemnización encargado de dar asesorías a las víctimas; mientras, que por otro lado, se puso en marcha proveer a las víctimas de medidas de satisfacción, como la entrega de restos de las víctimas a sus familias, proveniente de los casos de desapariciones forzadas de personas y homicidios (o ejecuciones extrajudiciales); además reparaciones morales y simbólicas, como la declaración del día 9 de abril Día de la Solidaridad y Memoria con las Víctimas del Conflicto Armado, homenajes a las víctimas con la recuperación de ruinas y hogares comunitarios, participación en eventos culturales y deportes, etc.¹⁶⁵⁵

Por consiguiente, podríamos concluir que en los últimos años el Estado colombiano está dando una adecuada reparación a las víctimas del conflicto armado. No obstante, el conflicto continúa pese a las gestiones de paz impulsadas por las autoridades nacionales e internacionales, de manera que no se podría hablar de garantías de no repetición de manera concreta, y por tanto existe un alto riesgo de revictimización. Y, en cuanto a los datos estadísticos de reparación integral, se puede concluir que no ha habido un sistema contabilizado, continuado y seguido cada año de reparación integral que disponga de números exactos de víctimas reparadas junto al crimen de que es objeto la reparación al menos de manera continuada, ello desde que la iniciativa se puso en pie con la implementación de la Ley de Justicia y Paz. A nuestro juicio, la causa fundamental de la ausencia de datos oficiales de libre acceso a la información pública de forma ordenada, precisa y asequible, es la falta de directrices, planificación y mecanismos de control de las autoridades, además de que la descentralización del sistema de reparación en varias entidades rompió la secuencia uniforme. En cualquier caso, es posible conocer algunos datos oficiales, como hemos puesto de manifiesto, por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas durante el mandato del actual presidente Juan Manuel Santos.

De todos modos, creemos que la solución más favorable a esta problemática sería establecer una comisión de la verdad y reconciliación nacional que tuviera por función

¹⁶⁵⁵ Véase del mismo modo la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, el *Informe de Gestión, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 31 de Diciembre de 2013*, ver en: <http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/indicadores-de-gestion/2013>, fecha de consulta 28 de mayo de 2014.

crear un marco jurídico para la paz y, sobre todo, que pueda redactar un informe conteniendo de forma ordenada los crímenes cometidos, los nombres de los acusados y los nombres de las víctimas. Con la aprobación del llamado Marco Jurídico para la Paz mediante acto legislativo No. 1, de 31 de julio de 2012, e impulsado por el gobierno de Juan Manuel Santos, se prevé esa posibilidad, pero constituye un gran desafío, ya que, como hemos podido observar, resulta difícil conciliar la rendición de cuentas de los acusados con el derecho a reparación de las víctimas, cuyo reclamo principal se basa en la justicia penal, mientras por otro lado se pretenda conseguir una paz estable y duradera¹⁶⁵⁶.

El Marco Jurídico, entre otras medidas, también contempla la posibilidad de crear mecanismos extrajudiciales para lograr estos objetivos. La situación imperante es complicadísima, pues la presión que está ejerciendo la CPI sobre el caso colombiano para que los máximos responsables de los crímenes internacionales más graves sean juzgados y condenados es cada vez más evidente. Pero estas consideraciones no son absolutas, pues, tal como apunta Gómez Isa, pese a la obligación internacional que tienen los Estados de investigar y sancionar a los responsables de cometer crímenes internacionales graves, en período de transición un nuevo principio internacional está emergiendo, y es que en situaciones excepcionales como las citadas, parcialmente se podría limitar esa obligación¹⁶⁵⁷, y Sudáfrica en un ejemplo claro de ello.

Por otra parte, la prolongación del conflicto armado en el tiempo, su complejidad y por consiguiente el número exorbitante de víctimas provocadas, sobre todo de personas civiles, no han aminorado la viabilidad del sistema de justicia colombiano, al contrario,

¹⁶⁵⁶ La mayoría de la población colombiana quiere la paz pero no a cualquier costo, es el extracto sacado de la encuesta realizada por la Universidad de los Andes y el Observatorio de la Democracia entre agosto y septiembre de 2013. Alrededor del 58.1% a nivel nacional quiere una salida negociada, mientras que el 71.6% en las zonas de conflicto también lo desea; por otro lado, un alto porcentaje, casi la mitad de la población nacional (49.6%) cree poco posible este se produzca la desmovilización completa de las FARC, y en caso de ocurrir, alrededor del 70% no quieren que participen en política, pese a que el Marco Jurídico abre esa posibilidad para los casos considerados delitos políticos. Véase estos datos en: <http://www.obsdemocracia.org/fileman/files/INFORMES%20COL/2013/Primera%20Encuesta%20Nacional%20sobre%20el%20Proceso%20de%20Paz.pdf> y <http://www.semana.com/especiales/contradicciones-colombianos-proceso-paz/index.html>, fecha de consulta 10 de junio de 2014.

¹⁶⁵⁷ Gómez Isa, Felipe, “Justice, Truth and Reparation in the Colombian Peace Process”, en Norwegian Peacebuilding Resource Centre (NOREF), April 2013, pp. 1-8 (3), véase en: http://peacebuilding.no/var/ezflow_site/storage/original/application/5e7c839d7cf77846086b6065c72d13c5.pdf, fecha de consulta 10 de junio de 2014.

cumple con los estándares internacionales en la lucha contra la impunidad¹⁶⁵⁸, lo que se ha debido en gran parte a sus reformas estructurales desde la proclamación de la Constitución Política en 1991, y como muestra se tiene el informe aludido de la Fiscalía de la CPI de 2012, pero, pese a ese esfuerzo substancial, el Estado no ha podido garantizar a la Corte de pleno un trabajo ejemplar en el combate contra la impunidad y por ende en la reparación de las víctimas. En ese sentido, la Corte IDH ha venido resolviendo algunos casos en los que las víctimas han visto violentados sus derechos en un Estado donde ha habido cientos de masacres de personas civiles cometidas por los grupos paramilitares especialmente en complicidad o encubrimiento con las fuerzas del orden, y de las cuales ponemos tan sólo algunos dilucidados por la Corte IDH y donde las víctimas han podido obtener reparación.

Para el caso de la *Masacre de 19 Comerciantes v. Colombia*, cuyos crímenes se relacionan con el combate indirecto a la guerrilla en 1987, pero cuyas víctimas eran personas civiles, la Corte, ordenó al Estado colombiano que se encuentre a los familiares de las víctimas y se les otorgue las reparaciones debidas fijadas por la entidad judicial internacional; aparte de investigar los hechos, sancionar a los responsables y compensar a las familias, el Estado debe efectuar la búsqueda de los restos mortales, erigir un monumento en memoria de las víctimas y efectuar un acto público en el que se honre y dé reconocimiento a los desaparecidos¹⁶⁵⁹. También el caso *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, relacionado con la ofensiva (bombardeo a la vereda de Santo Domingo en diciembre de 1998 y hechos posteriores) de las fuerzas estatales contra la guerrilla en que murieron 17 personas, de las cuales 6 eran niños y niñas, y otras 27 personas también en su mayoría niños y niñas resultaron heridas, la Corte conminó al Estado colombiano a investigar los hechos y sancionar a los responsables, además de realizar programas comunitarios que tengan como línea de actuación dotar de salud, educación y viviendas a los afectados; igualmente demandó reparación material y moral y, de otro lado, exigió medidas orientadas al reconocimiento de la verdad y difusión de los hechos, recuperación de la memoria histórica, atención psicosocial a los familiares y

¹⁶⁵⁸ Guzmán, Diana Esther y otros, “Colombia”, en *Las Víctimas y la Justicia Transicional...*, loc. cit. *supra* en nota 1638, p. 108.

¹⁶⁵⁹ Corte IDH, *Masacre de 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, pars. 252,264, 273-274.

sobrevivientes, etc.¹⁶⁶⁰. En otras sentencias la Corte se ha pronunciado en forma similar¹⁶⁶¹.

Finalmente, para el caso especial de Sierra Leona, la Comisión de la Verdad y Reconciliación había recomendado que el gobierno debía afrontar las reparaciones a las víctimas del conflicto armado interno, y apuntó que la Comisión Nacional para la Acción Social podría ser el organismo más adecuado para llevar a cabo esa tarea¹⁶⁶², pero, debido a la falta de voluntad del gobierno y en parte a los costes económicos, fue finalmente en 2006 cuando dicho organismo comenzó a realizar esa función en cooperación con la ONU a través de la Comisión de Consolidación de la Paz. La situación es que en 2009 el gobierno estableció un Fondo Especial para las víctimas, y de 30.000 personas registradas de un total aproximado de 55.000 víctimas, solamente unas 20.000 personas entre mujeres y niños han recibido reparación en forma de asistencia sanitaria, además de una asignación de 100 dólares¹⁶⁶³, una cantidad ínfima si tenemos en cuenta que el salario mínimo en el sector público hasta el 2012 era de unos treinta y cinco dólares¹⁶⁶⁴.

Por otra parte, a excepción de Colombia, y pese a que las víctimas de los conflictos armados ocasionalmente han sido reparadas, es necesario recalcar que sigue siendo el de tipo compensatorio el mecanismo más recurrido, en detrimento de otras medidas de igual importancia como aquéllas tendientes a dignificar a las víctimas de los males

¹⁶⁶⁰ Corte IDH, *Masacre de Santo Domingo v. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia de 30 de noviembre de 2012, par. 298 y ss.

¹⁶⁶¹ Sin ser exhaustivo, tómese en cuenta: Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, sobre desaparición forzada de treinta y siete (37) personas y la ejecución extrajudicial de seis (6) campesinos en 1990 de manos de paramilitares en la población de Pueblo Bello, (reparaciones en los pars. 264, 269, 274, 277, 278); Corte IDH, *Masacres de Ituango v. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, en la que se denuncia la incursión de la AUC en los corregimientos La Granja y El Aro asesinando personas civiles indefensos y despojándoles de sus bienes, y por ende provocando desplazamiento de otros tantos entre junio de 1996 y octubre de 1997 en adelante (reparaciones en los pars. 403-410; Corte IDH, *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, que recoge la denuncia por parte de la Comisión IDH de la masacre en el Municipio de Mapiripán de cuarenta y nueve (49) personas civiles entre el 15 y 20 de julio de 2007, asesinatos provocados por la AUC, no sin antes ser torturados, y después de quitarles la vida sus cuerpos fueron arrojados al río Guaviare (reparaciones en los pars. 295-318; entre otras importantes.

¹⁶⁶² Truth & Reconciliation Commission, vol. 2, *Witnesses to Truth: Report of the Sierra Leone*, Graphic Packaging Ltd. GCGL, Sierra Leone, 2004, pars. 87 y 483, 492, 496, 498, 504 y otros, ver en <http://www.sierra-leone.org/TRCDocuments.html>, fecha de consulta 28 de mayo de 2014.

¹⁶⁶³ Evans, Christine, *The Right to Reparation in International Law for Victims...*, loc. cit. *supra* en nota 1569, p. 183.

¹⁶⁶⁴ Ulandssekretariatet LO/FTF Council, Sierra Leone – Labour Market Profile 2013, p. 7, véase en: http://www.ulandssekretariatet.dk/sites/default/files/uploads/public/PDF/LMP/sierra_leone_2013_final_w eb.pdf, fecha de consulta 29 de mayo de 2014.

sufridos, y en el que las actividades psicosociales y simbólicas tienen una función esencial. Lo cierto es que, como apuntan Leonardo Filippini y Lisa Magarrell, el logro más importante de las situaciones posconflicto armado, consiste en lograr la consolidación de la democracia y el respeto a los derechos humanos fundamentales¹⁶⁶⁵, además de garantías institucionales de no repetición.

¹⁶⁶⁵ Filippini, Leonardo y Magarrell, Lisa, “Instituciones de la Justicia de Transición...”, *loc. cit. supra* en nota 1519, p. 149.

CONCLUSIONES

I.- Los disturbios interiores son acontecimientos violentos generalmente de muy corta duración, y es ésta una de las razones principales de que siempre hayan sido excluidos de la aplicación del derecho internacional humanitario; pero esa justificación no es suficiente, se necesita disponer de una definición precisa donde se establezcan etapas evolutivas en las que pudieran inclusive convertirse en conflictos armados internos. Son éstas lagunas jurídicas que no han podido ser explicadas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 2 del Protocolo Adicional II de 1977 y el artículo 8 (2) del Estatuto de Roma de 1998, permitiendo en su lugar interpretaciones subjetivas de quienes están obligados *a priori* a garantizar la seguridad y vida de las personas civiles.

El CICR, a través de sus estudios sobre derecho internacional humanitario, desde muy temprano, inclusive con la adopción del artículo 3 común, ha tratado de que estos actos violentos sean cubiertos por dicho artículo, pero sus esfuerzos han sido infructuosos. Creemos que es tiempo de reflexión para que esta problemática pase a ser tema de gran interés internacional, porque hay situaciones de gran inestabilidad como las señaladas en esta investigación donde se cometen atrocidades contra la población civil por un tiempo relativamente corto. Piénsese, por ejemplo, en situaciones de grandes convulsiones e inestabilidad social donde han resultado muertos y heridos cientos de civiles sin que los disturbios interiores hayan degenerado en conflictos armados internos, como algunos hechos violentos ocurridos en Egipto a finales de junio y principios de julio de 2013, que terminaron con la deposición del gobierno de Mohamed Morsi, o los sucesos ocurridos en Venezuela a partir del 12 de febrero de 2014. En ellos ha habido fuertes represiones contra la población civil por parte de las autoridades gubernamentales que merecen la atención imperiosa por parte del derecho internacional humanitario.

La cuestión es que, habida cuenta de que el derecho internacional humanitario ha evitado regular los disturbios interiores y otras situaciones análogas de violencia interna, y de que los Estados pueden acogerse a su derecho interno y a algunas normas internacionales excepcionales previstas por tratados de derechos humanos para suspender algunos derechos y garantías, se crea un vacío jurídico de normas aplicables

en esas situaciones. En tan sentido, y coincidiendo con autores mencionados en esta investigación, creemos que al menos algunas normas del derecho internacional humanitario pueden ser aplicados en esas situaciones, como la prohibición de la toma de rehenes, el pillaje, desplazamientos forzados, privación deliberada a la población civil de bienes indispensables para su existencia y permitir el acceso a un juicio justo con todas las garantías judiciales del debido proceso a los detenidos, además de brindarles protección humana. Por otro lado, se hace indispensable aplicar ciertos principios de derecho internacional humanitario como el de la prohibición del uso de ciertas armadas que causan males innecesarios, el de distinción, el de proporcionalidad y necesidad, así como la aplicación de normas que derivan del principio de humanidad, como la protección a los heridos y enfermos y protección debida al personal sanitario.

II.- La valoración por parte de la CIJ sobre la caracterización del conflicto armado en Nicaragua (1979-1984) supuso un paso importante orientado a romper con la antigua tradición clásica de los conflictos armados internos en que se ignoraba por completo la injerencia extranjera a los fines de alterar la tipología de los conflictos armados, reflejando la imprecisión o bien la ambigüedad del derecho internacional humanitario en cuanto al derecho aplicable en ese escenario. Un nuevo episodio confirmó este problema a raíz de los acontecimientos en la antigua Yugoslavia a partir de 1991. Y nuevamente una instancia internacional, en este caso el TPIY, tuvo que analizar la tipología de los conflictos armados para determinar con más claridad el derecho aplicable. La consecuencia de todo ello es que, partiendo de la jurisprudencia de este último tribunal, existen factores que conducen inequívocamente a la redefinición de los conflictos armados internos, y en ese sentido hemos entrado en un proceso nuevo e irreversible de análisis, donde las variables y componentes que están interviniendo en ellos rebasan sustancialmente la actual normativa internacional. De ahí la necesidad de continuar examinando los parámetros y márgenes de acción de estos conflictos, entre ellos especialmente el modo en que la injerencia extranjera afecta a esta redefinición.

III.- La prueba del *control general* - en menoscabo del *control efectivo* - que persigue demostrar la internacionalización de un conflicto armado interno por medio de la injerencia extranjera o la intervención armada extranjera indirecta, con el propósito de aplicar las normas de derecho internacional humanitario que corresponden a los conflictos armados internacionales, concretamente el régimen de infracciones graves, ha

sido considerada por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, la CPI y la mayoría de la doctrina como la más adecuada, es así porque el *control efectivo* como lo planteó la CIJ se considera muy estricto para ser aplicado en el ámbito de la responsabilidad internacional penal, y también difícilmente alcanzable si lo que se busca es probar la responsabilidad internacional del Estado; todo ello en lo que se refiere a la intervención armada extranjera indirecta.

Ahora bien, el modo en que directamente se puede percibir la participación extranjera en un conflicto armado interno y que probablemente lo convierta en internacional es a través de la intervención armada extranjera directa, pero resulta que tampoco este tipo de acción supone en principio la internacionalización del conflicto; una muestra de ello es que algunos conflictos armados africanos de los reseñados en esta investigación recibieron participación de fuerzas armadas extranjeras en apoyo de grupos armados organizados y sin embargo continuaron siendo internos. En ese sentido creemos que, tal como apuntó el TPIY, dos serían los factores a tomar en cuenta que conllevarían a la internacionalización del conflicto: de un lado el elemento cuantitativo (número de efectivos militares) y de otro lado la permanencia (durante un tiempo prudente).

Sin embargo, en lo que respecta a las intervenciones armadas autorizadas por la ONU u organismos regionales en apoyo del Estado, de grupos armados o sin apoyo de ninguna de las partes, entendemos, como se puso de manifiesto en esta investigación, que el derecho aplicable debería ajustarse a la correlación de las fuerzas que combaten; por un lado, si la operación se realiza en apoyo del Estado o de ninguna de las partes se aplicarían las normas que corresponden a los conflictos armados internos, en caso contrario, es decir, si las fuerzas se despliegan en apoyo de grupos armados organizados, se aplicarían las normas que corresponden a los conflictos armados internacionales.

IV.- No obstante lo anterior, la tendencia creciente de que algunas disposiciones del artículo 3 común, el Protocolo Adicional II y otras normas de derecho internacional humanitario consuetudinario comportan de igual forma violaciones graves del derecho internacional humanitario, es una muestra de que nos movemos hacia la configuración de un solo cuerpo normativo que pueda ser aplicado indistintamente del tipo de conflicto armado, al menos en lo que respecta a las violaciones graves. Dicho esto, la

comunidad internacional está llamada a continuar desarrollando normas de derecho internacional humanitario con vistas a esclarecer las lagunas jurídicas que diferencian los conflictos armados internos de los internacionales en relación al derecho aplicable.

V.- Podría ser posible, como pretendió la Comisión de Expertos encargada de examinar las transgresiones del derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia, que en conflictos secesionistas se opte por aplicar las normas de derecho internacional humanitario que corresponden a los conflictos armados internacionales, muy especialmente porque en estos tipos de conflictos el territorio y el componente étnico se convierten en los factores dominantes caracterizadores del conflicto. Pues resulta que para los Estados terceros que han reconocido al territorio separatista dan por sentado que se trata de un conflicto armado internacional si las hostilidades continúan, mientras que para los que se abstienen en reconocerlo o inician una campaña a favor del no reconocimiento el conflicto continuado sigue siendo interno. Sin embargo esta es una cuestión pendiente en derecho internacional que no está exenta de controversias.

VI.- Otro ejemplo que despierta el interés por que el derecho internacional humanitario sea adecuado a los nuevos tiempos a través del desarrollo de normas existentes en lo que respecta a la caracterización de los conflictos armados, es el supuesto “conflicto armado” entre Estados Unidos y Al Qaeda, que ha tenido repercusión concretamente a partir de los atentados terroristas del 11S. Para algunos de los analistas citados en esta investigación se trata de un “conflicto armado transnacional” entre un Estado y un “grupo armado organizado” de ascendencia terrorista; un conflicto que se diferencia de uno tradicional en el que Estados Unidos a veces combate a la Organización haciendo uso de la fuerza armada, y en otras ocasiones con recursos propios del derecho internacional de los derechos humanos, valiéndose en este caso de la cooperación de otros Estados para desarticular la red terrorista. En situaciones específicas como el conflicto armado surgido en Afganistán tras la intervención armada liderada por Estados Unidos, podría deducirse, pese a que continúa siendo objeto de debates, que también hubo un conflicto armado interno entre los dos contendientes, en el que al menos el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 habría sido el aplicable.

En lo que respecta a un “conflicto armado de alcance global”, es decir, fuera del escenario de la intervención armada en Afganistán (2001), reconocemos que existen

dudas razonables sobre la conformación de un conflicto armado entre estos dos adversarios, pese a tener la apariencia de una guerra en muchos de los aspectos enunciados en esta investigación doctoral como nunca se había visto en el derecho internacional, y en ese sentido se puede concluir que existe un vacío jurídico que el derecho internacional humanitario debe solventar, sobre todo por la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las personas civiles y la población civil, blanco de ataque por la organización terrorista, y por otro lado, porque Estados Unidos tampoco cree aplicable las normas internacionales de derechos humanos a los militantes de grupos armados tachados de organizaciones terroristas, aprehendidos por sus agencias de seguridad en todo el mundo.

VII.- Las normas aplicables a los conflictos armados están apostando por ser cada vez más homogéneas, por lo que no sería excesivo proponer de *lege referenda* que se borre la distinción clásica de los conflictos armados, de modo se pueda aplicar la totalidad del derecho internacional humanitario sin tomar en cuenta las variadas formas con que estos conflictos se presentan; y es un buen momento ahora que de la misma manera la responsabilidad internacional penal del individuo se está implementando indistintamente de la tipología del conflicto. Sin embargo, esta buena intención está lejos de poder concretarse al menos en lo que respecta al estatuto de prisionero de guerra, pues ello también es consecuencia de la caracterización de un conflicto armado, y difícilmente los Estados acceden a conceder ese derecho a quienes se hayan levantado en armas contra un gobierno legítimamente establecido. Por tanto, habría que determinar la suerte que correrían los rebeldes en este supuesto, pues a nuestro juicio, es inconcebible reivindicar aquel estatuto (a no ser por la vía de “acuerdos especiales” contemplados en el artículo 3 común) para los miembros de grupos armados rebeldes.

De otro lado, cabría mantener la tipología actual de los conflictos armados pero aumentando los distintos factores que intervienen y definen los de carácter interno. Asimismo, podría considerarse que, dada la naturaleza de un conflicto armado interno, se produjera la pérdida de legitimidad del gobierno establecido, de manera que esa situación derivara en otorgar el estatuto de prisionero de guerra a los rebeldes, pero, como ésta es una cuestión meramente subjetiva, el Consejo de Seguridad de la ONU sería el órgano más adecuado para decidir sobre el supuesto en que un gobierno ha

perdido toda su autoridad, cuya causa podría ser que se esté atentando gravemente contra los derechos humanos fundamentales.

VIII.- Al margen de la acción deliberada de las autoridades estatales y de grupos armados de ignorar en ocasiones la obligación de observar el principio de distinción en los conflictos armados, creemos que se debe continuar desarrollando normas que eviten la dificultad que provoca distinguir las personas civiles de los rebeldes, sobre todo porque en un conflicto armado interno los contendientes se encuentran dispersos constantemente junto a la población civil, que es súbdita del mismo Estado como también lo son los miembros de los grupos armados, muy al contrario de lo que ocurre en los conflictos armados internacionales. En ese tenor, una persona civil fácilmente puede ser confundida como un rebelde, aumentando dicho riesgo en una guerra civil, donde hay mayor desconcierto social y participación difusa en las hostilidades.

De cualquier forma, y dado que las normas que tienen por objeto regular los conflictos armados internos han evitado definir qué se entiende por personas civiles, es necesario impulsar una concepción más amplia y precisa tanto de personas civiles como de población civil en los conflictos armados internos que la proporcionada en los conflictos armados internacionales. Se trata de una concepción que pase por considerar también la ampliación del carácter de persona protegida a fin de que en un conflicto armado interno multiétnico, interno internacionalizado o mixto, se tenga que proteger aún más a las personas civiles y la población civil en manos de una Parte en conflicto, es así porque en estos tipos de conflictos armados, como los de la antigua Yugoslavia y Ruanda, el límite entre lo interno y lo internacional se va perdiendo lentamente, ocasionando mayor dificultad jurídica al momento de considerar quiénes son y quiénes no son personas protegidas a la luz de las disposiciones del derecho internacional humanitario independientemente de la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Hoy más que nunca a raíz de esa experiencia se necesita brindar mayor protección y seguridad a las personas civiles y a la población civil, y ello viene a ser una manera de destacar que las personas protegidas en los casos como los señalados están por encima de los intereses de los Estados o de los grupos armados organizados.

IX.- Del mismo modo, si el derecho internacional humanitario decide regular los conflictos armados transnacionales de forma explícita, incluyendo aquellos en los que

participan grupos armados organizados de ascendencia terrorista como “Al Qaeda”, Hamás, Hezbolá, “Estado Islámico” y otros, es preciso también que se determine de forma anotada - quizás desarrollando las actuales normas -, en un instrumento jurídico vinculante, los últimos avances del CICR sobre el estatuto de persona civil y el concepto promovido de participación directa en las hostilidades para esos casos. La finalidad es que se pueda diferenciar o al menos ayudar a distinguir una persona civil, aun si tiene participación directa en las hostilidades, de un rebelde.

Así, se contaría con una norma internacional que pudiera ser aplicada también a los miembros de organizaciones terroristas o de grupos afines que se consideran grupos armados, cuando clandestinamente deambulan por territorio enemigo pasando desapercibidos o fingiendo ser personas civiles y así evitar ser identificados como miembros de una Parte en conflicto – acto de perfidia -, o bien una norma o disposición que diferencie a éstos de aquellas personas que participan de forma esporádica, espontánea y no continuada pero que forman parte de dicho grupo. La idea surge de que, de acuerdo a lo expresado en la Guía de Interpretación del CICR sobre Participación Directa en las Hostilidades, de febrero de 2009, los criterios formales distintivos clásicos exigidos a las fuerzas armadas estatales, cuerpos de voluntarios y milicias, trasladables a estos grupos, son meramente inoperantes por variadas razones culturales, políticas, de familia, clan, etc., para que se les pueda considerar miembros de una Parte en conflicto, haciéndolos casi imperceptibles.

X.- El creciente surgimiento de conflictos armados internos después de la Segunda Guerra Mundial y el recrudecimiento de los mismos aún después de haberse aprobado el Protocolo Adicional II, han puesto al descubierto la falta de normas que regulen estos tipos de conflictos. De los análisis de algunos expertos señalados en esta investigación se deduce que no es ocasión para refundar el derecho internacional humanitario sino más bien mejorar el sistema de eficacia. En caso de ser esa la opinión mayoritaria, corroborando la opinión del CICR, es necesario revisar y promover la adopción de medidas dirigidas a proteger los sectores más vulnerables, siendo las personas civiles quienes más sufren sus estragos.

Para los casos de conflictos armados internos en los que el artículo 3 común es la normativa aplicable, es sabido que, sin perjuicio de casos en los cuales las personas

detenidas por orden judicial corran la misma suerte, las personas civiles internadas por razones administrativas y de seguridad no cuentan con medidas de protección, haciendo que su detención se prolongue en el tiempo, pudiendo derivar esa acción en privación arbitraria de la vida. Mientras que, por otro lado, el mismo hecho podría deducirse del Protocolo Adicional II. Así pues, salvo algunas disposiciones extraídas del derecho internacional humanitario consuetudinario y de los derechos humanos, estas personas necesitan que haya un derecho positivo que los proteja. En definitiva, tanto las personas civiles como aquéllas contra quienes se pretende levantar cargos por participar en acciones hostiles relacionadas con el conflicto deben ser tratadas humanamente pero también dársele la libertad cuando las razones por las que se les internó hayan desaparecido, y ello pasa por considerar imprescindible adoptar medidas que garanticen el debido proceso con las que esas personas puedan impugnar su detención.

Otra de las carencias de normas referentes a los conflictos armados internos que debe discutirse y ponderarse es lo que concierne a la protección de las personas desplazadas internas. Si bien ese hecho ha sido prohibido por el Protocolo Adicional II y permitido solamente cuando *lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones imperiosas militares* resulta que estas personas una vez desplazadas carecen de un derecho que obligue a las autoridades estatales y a los grupos armados a velar por su seguridad, o que se les permita volver a sus hogares un vez que el conflicto concluya en las mismas o mejores condiciones previas al desplazamiento, o bien proveerles de lugares destinados al reasentamiento voluntario donde puedan rehacer sus vidas. Finalmente, otra de las carencias notorias que podemos destacar en los conflictos armados internos y que se debería tomar en cuenta de cara a adoptar medidas adecuadas es lo concerniente a la protección del medio ambiente natural, pues ni el artículo 3 común ni el Protocolo Adicional II contienen disposiciones orientadas a evitar la destrucción de instalaciones industriales, complejos petroleros o laboratorios químicos cuya destrucción podría desencadenar contaminación y daño al medio ambiente, además de pérdidas de vidas humanas como consecuencia de sus efectos.

XI.- En todo caso, los avances en la jurisprudencia y la doctrina vienen demostrando que estamos ante la necesidad de una posible armonización de normas - como pretenden algunos expertos a través del “Project on Harmonizing Standards in Armed Conflict” de la Universidad de Columbia (2013) -, de tal manera que ciertas normas destinadas a los

conflictos armados internacionales puedan ser aplicadas igualmente en los conflictos armados internos, precisamente las que se ubican en los estándares más altos como la protección del personal sanitario y religioso, de los heridos y enfermos; protección de las personas civiles en manos de una Parte en el conflicto – similar a como se plantea en la cuarta Convención -; normas relativas a la detención e internamiento, cuando los grupos armados organizados satisfagan los criterios establecidos en la tercera Convención para las milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados (artículo 4 (a) (2)); normas relativas a la transferencia de los detenidos o la repatriación, en las que se garantice un trato humano; en relación a algunos actos que son calificados como crímenes de guerra puedan igualmente ser tipificados de la misma manera si se cometen durante un conflicto armado interno, compromiso que se haría por medio de una declaración unilateral del Estado.

La idea parece esperanzadora ya que como pudimos observar en algunos de los conflictos armados internos reseñados aquí Estados involucrados optaron por aplicar algunas normas correspondientes a los conflictos armados internacionales a los internos. Una propuesta como ésta busca en esencia, aparte de brindar más protección a las víctimas de los conflictos armados internos, de evitar hacer una distinción de los conflictos armados con carácter general, pues al tenor de que casi siempre se convierte en imprescindible para determinar el derecho aplicable, en ocasiones también sirve para evitar el compromiso de la Partes de aplicar el derecho internacional humanitario por el *impasse* que provoca conocer, efectivamente, cuál derecho aplicar.

XII.- La aplicación de la responsabilidad internacional penal del individuo se ha institucionalizado y fortalecido en los conflictos armados internos con la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, y ahora con la adopción del Estatuto de Roma y puesta en marcha de la CPI. Sin embargo, todavía es una cuestión sujeta en gran parte a la competencia de los tribunales domésticos. Por ello, en cumplimiento con lo expresado en los propios Convenios de Ginebra de 1949, las autoridades del Estado deberán adoptar medidas que permitan aplicar de modo efectivo las normas que hacen referencia al artículo 3 común y al Protocolo Adicional II de 1977, iniciativa que pasa por criminalizar algunas conductas graves mediante la adopción de leyes especiales o la reforma de sus respectivos códigos penales, como lo han estado haciendo algunos Estados europeos en ocasión del ejercicio de la jurisdicción universal.

Por lo mismo tanto, es necesario contribuir, incentivar e impulsar a que sean los propios Estados a través de sus tribunales internos quienes contribuyan ahora a desarrollar y fortalecer el concepto de responsabilidad internacional penal del individuo. Una forma útil y viable sería, sin menoscabo de la competencia jurisdiccional de la CPI cuando la situación lo requiera, que ésta persiga ese cometido, como lo estaría haciendo especialmente en Colombia, al constituirse en vigía de los procesos penales internos seguidos contra los principales responsables de cometer crímenes internacionales de su competencia.

XIII.- Los conflictos armados en la antigua Yugoslavia y Ruanda contribuyeron a crear conciencia en la comunidad internacional para sancionar a los responsables de perpetrar violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, independientemente de que coexistieran diversos tipos conflictos armados, toda vez que la preocupación principal consistía en detener la feroz forma en que las Partes perpetraban crímenes internacionales contra las personas civiles que no tomaban parte activa en las hostilidades. Todo ello abrió un abanico de posibilidades, la más plausible de las posibilidades consistió en establecer los tribunales penales internacionales *ad hoc*, lo cual derivó de la redefinición y ampliación del concepto de amenaza a la paz y la seguridad internacionales.

La contribución del Consejo de Seguridad de la ONU al establecimiento de los tribunales mixtos, caso especial de Sierra Leona, confirmó esa tendencia, es decir, ahora las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales que merece la adopción de medidas eficaces para poder enfrentar esa situación y al mismo tiempo asegurarse de que las medidas aprobadas y puestas en práctica constituyan a su vez garantías de no repetición de los acontecimientos que las originaron. Todo ello es el resultado incontestable del proceso de humanización que está experimentando el derecho internacional desde 1945 cuando se creó la Organización de las Naciones Unidas en la Segunda Postguerra.

XIV.- Sin embargo, en lo que concierne al *ius ad bellum*, con el objetivo de evitar posibles violaciones graves del derecho internacional humanitario, la situación de Siria ha vuelto a poner en desconfianza el papel del Consejo de Seguridad cuando éste es

impedido de adoptar decisiones importantes porque afectarían los intereses directos de algunos de sus Miembros permanentes; en este caso, Rusia y China vetaron en febrero de 2012 la oportunidad de dar una respuesta mediante el empleo de la fuerza militar contra el régimen sirio, con el propósito de poner fin a las continuas violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que inclusive hoy se están cometiendo tanto por las autoridades gubernamentales como por grupos armados o actores no estatales en Siria.

Situaciones como la señalada son las que suscitan interrogantes sobre cómo hacer frente a estos acontecimientos cuando la Organización en un determinado momento no puede hacer frente a algunos de sus principales objetivos y responsabilidades, y si ello debe dar paso a una intervención armada unilateral por parte de algunos Estados apoyándose en el principio de la responsabilidad de proteger con la intención de detener las violaciones graves del derecho internacional humanitario o de asegurar la rendición de cuentas de los presuntos culpables. No obstante, al día de hoy, la intervención armada unilateral directa en Siria parece haberse disipado debido al cambio de intereses y estrategias por parte de Estados Unidos, el principal promotor, además que éste y sus aliados en la zona se enfrentan a un enemigo potencial mayor que el del régimen sirio, nos referimos a la organización terrorista armada el “Estado Islámico” entre el Norte de Irak y Siria, y, finalmente, porque el régimen sirio, bajo presión de Estados Unidos principalmente, accedió a la destrucción de su arsenal químico, un gran paso para evitar que estas armas se continuaran usando contra personas civiles.

De todos modos, la situación del conflicto armado sirio y lo prolongado del mismo, en cuyo contexto se continúan cometiendo violaciones graves del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos sin ninguna garantía de paz a corto plazo, además de que tampoco es previsible su remisión a la CPI, esas circunstancias parecen haber allanado el camino tendiente a legitimar una posible intervención armada directa unilateral como último recurso por parte de Estados interesados, que tenga por objetivo no debilitar al régimen sino derrocarlo y ayudar a las nuevas autoridades a restaurar la paz y crear el ambiente para la rendición de cuentas de los acusados de perpetrar las infracciones aludidas.

Pero como este principio no termina de consolidarse, además de que podría entrar en incompatibilidad con la tipificación del crimen de agresión en el Estatuto de Roma (competencia a partir de 2017), la comunidad internacional debe continuar redoblando sus esfuerzos para diseñar en un futuro próximo una estrategia común acorde con el derecho internacional que ponga fin a las atrocidades cometidas fundamentalmente contra las personas civiles y la población civil en situaciones como la de Siria, donde el Consejo de Seguridad no puede cumplir cabalmente con sus funciones, lo que podría ocurrir también en Ucrania. Pues es muy lamentable y constituye una afrenta a los derechos básicos de las personas que los intereses arraigados de algunos Miembros permanentes del Consejo de Seguridad estén por encima de quienes sufren directamente las atrocidades cometidas durante un conflicto armado.

XV.- La incursión de la CPI en el escenario internacional para contribuir a combatir de modo eficaz a los responsables de perpetrar crímenes internacionales, concretamente contra las personas civiles y la población civil, es una continuación de ese proceso de humanización por la vida, la salud y la integridad de las personas que no toman parte activa en las hostilidades; de ahí que la Corte haya centrado su atención en los conflictos armados internos africanos, porque al poco tiempo de entrar en vigor el Estatuto de Roma, la ONU y otros organismos internacionales han estado verificando constantemente incontables muertes de personas civiles y ataques contra la población civil, ante la constante aparición de guerras tribales y el consiguiente predominio de la impunidad, que durante mucho tiempo ha estado dominando el escenario político de estos Estados desde que alcanzaron la independencia.

El efecto inmediato es que la CPI tiene bajo su jurisdicción desde el comienzo de la primera década del siglo XXI varios casos seguidos contra los principales responsables, autores y coautores de violaciones graves del derecho internacional humanitario y los derechos humanos en Estados africanos como la República Democrática del Congo, Uganda, la República Centroafricana, Sudán (Darfur), Kenia, Costa de Marfil y Libia, en los cuales, independientemente de la particularidad de cada caso, la persecución penal internacional iniciada se orienta en la dirección de disminuir la impunidad, proveniente en muchos casos de la inmunidad de que gozan jefes de Estado e importantes líderes políticos, así como de la dificultad de procesar a los integrantes de grupos armados organizados. Las acusaciones dirigidas y posteriores sometimientos

ante la Corte del presidente actual de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, además del presidente de Kenia Uhuru Muigai Kenyatta y su vicepresidente Willian Samoei Ruto así como otros importantes dirigentes políticos de ese país, suponen también un paso adelante dirigido a disminuir la impunidad aunque ellos aún no estén siendo realmente enjuiciados, estos últimos contra Kenia ocurridos durante disturbios interiores.

XVI.- La lista que comprende los grupos protegidos en la definición de genocidio no está en discusión, por lo que en teoría debe mantenerse intacta a los fines de evitar que más adelante cualquier grupo social sea considerado para formar parte de un grupo protegido que ya está cubierto por los crímenes contra la humanidad. Ahora bien, en la práctica, apoyamos los argumentos del TPIY en el caso *Jelisić* en el sentido de que la distinción de un grupo para ser considerado como protegido debe regirse por el contorno social, político y cultural de cada grupo, con lo que se abre la posibilidad de que en un juicio de acusación por genocidio sean considerados como protegidos otros grupos distintos de los señalados. Y si finalmente se decantara por este razonamiento en un instrumento jurídico vinculante, la destrucción de un grupo por razones arbitrarias (en razón de su pertenencia a un determinado grupo) como señala el Código Penal Francés (artículo 211-1) sería uno de los argumentos más importantes a tomar en cuenta.

Por otro lado, probar el elemento mental del crimen de genocidio continúa despertando polémicas a pesar de los avances registrados por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, porque, también para los tribunales citados probar la intención genocida ha topado variedad de opiniones. Pero será la CPI quien por su carácter permanente delimitará la línea a seguir, y creemos que el *dolus directus* será el elemento decisorio, porque de ese modo se disminuyen las diversas conjeturas que acompañan el elemento mental del genocidio. En ese sentido, creemos que el caso contra Omar Al Bashir, actual presidente de la República de Sudán, acusado de la comisión de genocidio, si es que al final se llegara a procesar, será de gran importancia y el que finalmente marcará la tendencia, lo cual tampoco estará exento de opiniones contradictorias porque *a priori*, según Informe de la Comisión de Expertos de enero de 2005 (S/2005/60), creada por mandato del Consejo de Seguridad de la ONU para investigar las transgresiones del derecho internacional humanitario y de los derechos

humanos en Darfur, se descartó la intención genocida por parte del gobierno, pero considerando a su vez que algunos actos de manera individual de algunos funcionarios pudieron haber respondido a la intención de cometer genocidio.

XVII.- Existe incertidumbre sobre el rumbo que tomará la definición y conceptualización de los crímenes contra la humanidad en cuanto al elemento “política” se refiere, dada la discrepancia del Estatuto de Roma con la jurisprudencia razonada de los tribunales *ad hoc*. Nos parece que dicho elemento es fundamental al momento de analizar la comisión del crimen pero no es indispensable, aunque lo parezca, cuando se habla de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil. La ventaja de contar con una definición más precisa de los crímenes contra la humanidad en la que el elemento “plan” o “política” sea excluido como elemento sustancial, es que favorece la tipificación para los casos en que los crímenes de guerra no sea la elección correcta si el delito se ha cometido en tiempo de relativa paz.

Contrario a los anterior, la pregunta que se origina es que si un crimen contra la humanidad es imposible conjugarlo sin un plan o política, al menos podría constituir un crimen de guerra si el hecho ocurrió durante un conflicto armado. En Kenia se pudo comprobar ese problema: no se estaba ante un conflicto armado interno para que algunos actos constituyeran crímenes de guerra, en cambio, los crímenes contra la humanidad han sido imputados con dificultad ante la necesidad de poder probar el plan o política en la etapa de instrucción, que ha sido muy difícil.

Por el momento se podría decir que hay consenso en torno a la definición adoptada en el Estatuto de Roma ratificado por más de cien Estados, pero si aún todos los Estados del mundo fueran Partes en el Estatuto, la jurisprudencia de la Corte es la que a largo plazo dirá si la opción en la definición de los crímenes contra la humanidad ha sido la correcta. Mientras tanto, la Corte tendrá que probar en todos los casos que le han sido sometidos si los crímenes fueron cometidos como parte de un plan o política deliberada para atacar a una población civil.

XVIII.- El reconocimiento por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* de que ciertas violaciones del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II pueden constituir crímenes de guerra, es uno de los logros más evocados por los organismos nacionales e

internacionales de protección de los derechos humanos, y evidentemente por la doctrina. Porque no podía ser posible que las mismas conductas tenidas como infracciones graves si se cometiesen en los conflictos armados internacionales no lo puedan ser en el curso de un conflicto armado interno. Ello abrió la posibilidad para que las violaciones graves a esas disposiciones estén provistas de persecución internacional bajo el principio de jurisdicción universal, y así lo han hecho algunos Estados, mayoritariamente europeos, como Alemania, Francia, Bélgica, Suiza, Dinamarca, Suecia, Finlandia, España y otros.

XIX.- El Estatuto de Roma, si bien ha contribuido a tipificar como graves ciertos crímenes que pudieran ser perpetrados en los conflictos armados internos, al mismo tiempo ha evitado incluir otros tantos de igual importancia, a saber: de un lado, los castigos colectivos y someter a la población a situaciones en las que pueda padecer sed y escasez de alimentos, y, de otro lado, el uso de armas tóxicas y químicas. Cabe recordar, en cuanto al primer supuesto, el bloqueo económico y comercial de Israel a la Franja de Gaza desde hace más de dos décadas, en un conflicto armado que, independientemente de su caracterización, es un ejemplo claro y viviente de este crimen, haciendo que el territorio dependa completamente de la ayuda humanitaria; y, en cuanto al siguiente supuesto, el uso de armas químicas el 21 de agosto de 2013 en el actual conflicto armado interno que soporta Siria. También podríamos hablar de la omisión del terrorismo (muy frecuente en los conflictos armados internos actuales) la esclavitud y otros.

XX.- En términos generales, podemos valorar el trabajo de la CPI como positivo al cumplir su primer decenio. Si bien no se han producido variedad de condenas, el mero hecho de que se estén ventilando casos y situaciones le merece reconocimiento, porque la Corte no se instituyó con el propósito de sustituir a los tribunales internos, sino de complementarlos. Pero ya es tiempo de que en la medida de sus posibilidades vaya emitiendo sentencias, para evitar caer en retaliación, que es causa de impunidad, pues no solo servirá para llevar paz a las víctimas, sino también para sentar precedentes e ir creando su propia jurisprudencia, como lo hizo en su momento con su primera sentencia condenatoria en julio de 2012 al congolés Thomas Lubanga Dyilo como coautor del crimen de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, lo cual ha servido de efecto disuasorio e intimidatorio

para que las partes en un conflicto armado eviten utilizar a los niños menores de esa edad en la guerra.

Otra cuestión importante que se discute es si la CPI debe dar el primer paso para actuar a falta de acción por parte del Estado o esperar a que la situación sea remitida (*self-referrals*) por las propias autoridades estatales. Lo más plausible es que sea la Corte quien tome la iniciativa primero, pues los gobiernos instaurados en el posconflicto muchas veces carecen de la suficiente solidez que les permita tener mayor control de sus súbditos, y en otros casos, quienes tienen la facultad para remitir un asunto son precisamente los que serán perseguidos y en cambio en ese momento están ejerciendo como gobierno, imposibilitando la acción por parte del Estado, como ha ocurrido en Kenia principalmente.

Asimismo, hay quienes recriminan a la Corte el estar politizada al inclinarse y dirigir sus investigaciones sólo hacia el continente africano, concluyendo de inmediato que la Institución se hizo para África. Creemos que esta acusación refleja falta de confianza en sus pretensiones, pues hoy día en el continente existe una plaga de conflictos armados étnicos, tribales y de clases políticas, que se disputan el poder y los recursos naturales, y el resultado son las cuantiosas pérdidas de vidas humanas, mayoritariamente de personas civiles, que no cesan, y siendo esto así, su actuación es bien merecedora de elogio.

Por otro lado, la inmunidad de jurisdicción por el cargo oficial y la de Estado es una limitación a la eficacia de la Corte, aunque la misma finalmente no opere para los Estados Partes en el Estatuto de acuerdo a lo expresado en el artículo 27, pero lo es porque necesita igualmente de la cooperación de los Estados no partes para actuar. Al respecto tenemos el problema del presidente de Kenia y algunos de sus ministros, acusados por la Corte de la comisión de varios crímenes y contra los cuales existen órdenes de arrestos, pese a lo cual los susodichos deambulan por el mundo sin que en la actualidad hayan sido arrestados. Como se puede observar, todavía hay cierta resistencia a perder la soberanía en un mundo donde la globalización y la interdependencia la han hecho casi inexistente. Por tanto la situación pasa por que el Consejo de Seguridad de la ONU tenga mayor protagonismo en estas situaciones como única alternativa a la renuencia de los Estados a cooperar con la Corte.

XXI.- La aplicación del principio de jurisdicción universal es uno de los mecanismos más usados por los Estados para hacer efectiva la persecución internacional del individuo por violaciones graves contra las personas civiles y la población civil perpetradas durante un conflicto armado interno, pero la aplicación de este principio está pasando por grandes vicisitudes que dificultan a su vez la aplicación efectiva de la responsabilidad internacional penal del individuo. Para algunos, la principal causa de este debilitamiento del principio de jurisdicción universal se encuentra en el modo en como está desapareciendo el otro principio de justicia universal con las últimas reformas en diversos sistemas de justicia nacionales. Para nosotros, son las inmunidades de jurisdicción de Estado y por el cargo oficial las que más están afectando y debilitando ese instrumento de justicia.

Además, el principio de jurisdicción universal, que vio su ascenso paralelamente a la persecución internacional del crimen a través de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, se podría afirmar que ya cumplió su función principal, y es el modo como sirvió para concienciar al mundo de que los graves crímenes contra las personas civiles y la población civil, sobre todo cometidos en el contexto de un conflicto armado interno, no deberían quedar impunes; ése es el logro más importante, y si bien tan sólo unos pocos han sido condenados bajo ese principio, el establecimiento de la CPI es un buen sustituto que tratará en adelante de asumir ese rol si los Estados, después de haber captado el mensaje, continúan incumpliendo sus obligaciones internacionales y nacionales de perseguir a los responsables de atentar gravemente contra los derechos humanos fundamentales.

XXII.- La persecución internacional del crimen por medio de una institución internacional como la CPI supone dar mayor legitimidad a los casos que bien pudieran ser iniciados también por cualquier Estado interesado, sobre todo de aquéllos que en aplicación de la justicia universal no tienen ninguna conexión con el lugar de la comisión del crimen, la víctima o el victimario. Del mismo modo, es comprensible que inclusive para casos contrarios a los señalados en los que el Estado que persigue sí guarda relación directa con el lugar del crimen, la víctima o el acusado sea también la CPI quien asuma la función de perseguir dicho crimen, es así porque en el estado actual de la persecución internacional del crimen la Corte sería el lugar idóneo donde se pueda

llevar a cabo un juicio imparcial con todas las garantías del debido proceso, lejos de la atención mediática y expectante que en algunos casos como los del lugar donde se cometió el crimen podría jugar en contra de la efectividad del proceso judicial por el despliegue de seguridad policial que ello conllevaría para todo el personal involucrado en las labores del juicio como para los testigos y el propio acusado.

Es evidente que tanto si el juicio se llevara a cabo en el lugar de la comisión del crimen o el lugar de la nacionalidad o residencia del perpetrador, el acceso a pruebas y testigos sería más favorable, pero no menos cierto es que esa ventaja podría darse en la CPI si los Estados que tengan interés de enjuiciar al presunto culpable o simplemente tengan algún elemento de conexión con el crimen cooperen solidariamente o como parte de su obligación con la Institución.

XXIII.- Las amnistías nacionales nunca pueden ser vistas como medidas anticipadas de impunidad siempre que las mismas se utilicen como mecanismos de reconciliación e integración nacional en los Estados recién salidos de un conflicto armado interno o que están pasando por períodos de transición hacia la democracia, y que se excluya del beneficio del perdón a los responsables de cometer crímenes internacionales; a nuestro juicio ello no entra en contradicción con el Estatuto de Roma, porque la CPI busca también restablecer y asegurar la paz. La mayoría de los Estados latinoamericanos donde surgieron conflictos armados pueden servir de ejemplo de cómo del perdón incondicional surgieron democracias que hoy se consideran consolidadas, y Sudáfrica es el caso más reciente. Pero hoy día las amnistías absolutas son impensables, en el presente, la obligación de perseguir y someter ante la justicia a los responsables de los crímenes internacionales, además de una obligación internacional asumida en los distintos tratados y convenios internacionales del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, es también una obligación moral que los Estados deben asumir.

No obstante, si lo que se busca es lograr una paz estable y duradera, es posible transigir de la persecución penal con un poco de dosis de impunidad, y en ese sentido, creemos que el modelo implementado en Colombia de la justicia restaurativa que comenzó con la Ley de Justicia y Paz de 2005 y su continuación con el proyecto futurista del Marco Jurídico, de julio de 2012, son una forma de conducir a la finalización del conflicto sin

herir de forma profunda la sensibilidad de las víctimas, pues por el primero se buscó amnistiar a los responsables de delitos menos graves (delitos políticos), y rebajar las penas si los acusados de crímenes graves se acogían a un plan de reinserción social, mientras que por el segundo, el Marco Jurídico, se proyecta aplicar una práctica similar.

XXIV.- Las comisiones de la verdad y reconciliación nacional tienen su importancia en la medida en que, como su nombre indica, por un lado, puedan ayudar a dar a conocer la verdad y a esclarecerla, y, por otro lado, sirvan para ofrecer recomendaciones de tal forma que, al aplicarse, se subsanen las heridas aún abiertas del pasado, mientras al mismo tiempo se adopten medidas de no repetición de los males padecidos. En definitiva, su trabajo consiste en crear un proyecto de marco jurídico para la paz. En América Latina que ha tenido y tiene todavía la oportunidad de seguir aportando tendencias positivas en esta materia, se crearon comisiones de la verdad y reconciliación nacional que contribuyeron a cumplir el propósito enunciado, si bien por parte de los gobiernos hubo poco interés en curar las heridas del pasado, pues ello dependía en primer lugar de la responsabilidad de las autoridades estatales de perseguir a los acusados de cometer graves crímenes durante el conflicto armado o grandes dictaduras, y en segundo lugar de contribuir a otorgar reparación integral a las víctimas. En efecto, si hoy las víctimas de los crímenes viven inmersas en un estado de paz duradera, el tiempo transcurrido sin que vuelvan a ocurrir los acontecimientos pasados ha sido el principal factor.

Pese al incumplimiento casi en su totalidad por parte las autoridades estatales de las recomendaciones de las comisiones de la verdad y reconciliación nacional en lo que respecta a perseguir a los responsables de la perpetración de crímenes internacionales, éstas en la actualidad, como instrumentos de pacificación, verificación y en algunos casos de investigación de los hechos, continúan siendo igual de importantes, porque aquí las víctimas pueden ser escuchadas, una manera de conocer sus tribulaciones y de hacerlo público antes que un tribunal que no se sabrá si será posible. De igual forma, es deseo de la comunidad internacional, y para ello hay una fuerte y persistente reacción en ese sentido, por que las recomendaciones de las comisiones para los casos en que se promueva la persecución penal de los acusados, y además se estimule una justa reparación a las víctimas, sean cumplidas cabalmente, esto en momentos en que la

protección internacional de los derechos humanos fundamentales constituye uno de los principales pilares del derecho internacional.

XXV.- Se ha llegado a afirmar que es imposible la reparación total a las víctimas, pero las autoridades responsables en el poder deben procurar en la medida de sus posibilidades que cada uno de los mecanismos de reparación sean cumplidos al máximo. Por parte de las víctimas, es evidente que el camino para lograr este objetivo está colmado de limitaciones, por lo que se necesita de la voluntad política de los gobiernos para conseguirlo. Por tanto, hacer efectivo el derecho a reparación integral representa un desafío y uno de los grandes retos del derecho internacional humanitario después de que el responsable de los crímenes haya rendido cuentas.

En efecto, existen todavía barreras administrativas, burocráticas, económicas y jurídicas que hacen del derecho a obtener reparación integral prácticamente un reto. Algunos Estados como Colombia, y en menor medida Perú, en los últimos años están tratando de que las víctimas vean satisfecho su derecho a obtener reparación integral, por lo que sus experiencias podrían ser tomadas en cuenta para futuros casos. Creemos que, aun cuando el logro más importante de las situaciones de posconflicto sea la restauración y consolidación de la paz y la democracia, así como el apercibimiento de cierta garantía por el respeto y salvaguardia de los derechos humanos fundamentales, es imprescindible contribuir a que a las víctimas se les satisfaga reparándolas debidamente.

BIBLIOGRAFÍA

1.-Libros:

Abi-Saab, Rosemary, *Droit Humanitaire et Conflits Internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-Dunat, Genève, París, Edi. A. Pedone, 1986.

Abrisketa, Joana, *Derechos Humanos y acción humanitaria*, Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, 2004.

Affonço, Denise, *El infierno de los jemeres rojos: testimonio de una superviviente*, traducción de Daniel Gascón, Libros del Asteroide, Barcelona, 2013.

Aksar, Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law: from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, MPG Books Ltd, Bodmin, Cornwall, London, 2004.

Alija Fernández, Rosa Ana, *La persecución como crimen contra la humanidad*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2011.

Allain, Jean, *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publisher, 2012.

Allain, Jean (edit.), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

Allard, Kenneth, *Somalia Operations: Lessons Learned*, National Defense University, Washington DC, INST fro National Strategic Studies, 1995.

Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, Volume II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.

Ambos, Kai, *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Fontamara, México D.F., 2008.

Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2005.

Ambos, Kai, *Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2004.

Armstrong, David y otros, *International Law and International Relations*, Cambridge University Press, New York, Second Edition, 2012.

Arai-Takahashi, Yutaka, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction With International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009.

Aracil, Rafael y otros, *El Mundo Actual. De la Segunda Guerra Mundial a Nuestros Días*, editorial Universitat de Barcelona, Barcelona, 1998.

Astri Suhrke, Howard Adelman, *The Path of a Genocide: The Rwanda Crisis from Uganda to Zaire*, Transaction Publisher, New Brunswick, New Jersey, 1999.

Ayissi, Anatole and Poulton, Robin Edward, *Bound to Cooperate: Conflict, Peace and People in Sierra Leone*, United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR), Geneva, Switzerland, 2006.

Badsey, Stephen y Latawski, Paul, *Britain, NATO and the Lessons of the Balkan Conflicts, 1991-1999*, Frank Cass, Great Britain, 2004.

Bales, Kevin, *Understanding Global Slavery: A Reader*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California, 2005.

Ball, Olivia y Gready, Paul, *Los Derechos Humanos*, traducido por Escarlata Guillén de la versión inglesa *Human Rights*, New Internationalist, Publications Ltd., Oxford, Reino Unido, 2006.

Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer, Heidelberg, 2005.

Barberis, Juli A., *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Tecnos, Madrid, 1984.

Bassiouni, M. Cherif, *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2014.

Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, United State of America, 2011.

Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999.

Bassiouni, M. Cherif and Wise, Edward, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Prosecute or Extradite in International Law*, Kluwer Academic Publisher - Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht-Boston-London, 1995.

Bassiouni, M. Cherif, *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.

Baxter, Richard R., *Humanizing the Laws of War. Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron Stephen M. Schwebel and Charles Keever (eds.), Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2013.

Bergen, Peter L., *Holy War, Inc.: Inside the Secret World of Osama bin Laden*, The Free Press, New York, Toronto, Sydney and Singapore, New York, 2001.

Berger, Thomas U., *War, Guilt, and World Politics After World War II*, Cambridge University Press, United States of America, 2012.

Blanc Altemir, Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, España, Bosch, Casa Editorial, 1990.

Boczek, Boleslaw Adam, *International Law: a dictionary*, Scarecrow Press, INC, The United States of America, 2005.

Bond, James E., *The Rules of Riot. Internal Conflict and the Law of War*, Princeton University Press, Princeton, New York, 1974.

Boote, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Oxford, New York, 2002.

Bothe, Michael; Partsch, Karl Josef & Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Second edition, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2013.

Bothe, Michael y otros, *The Osce in the Maintenance of Peace and Security: Conflict Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1997.

Bouchet Saulnier, Françoise, *The Practical Guide to Humanitarian Law*, Rowman & Littlefield Publisher, United States of America, 2007, p. 179.

Breau, Susan y Yildiz, Kerim, *The Kurdish Conflict: International Humanitarian Law and Post-Conflict Mechanisms*, Routledge, USA, 2010.

Cameron, Hazel, *Britain's Hidden Role in the Rwandan Genocide: The Cat's Paw*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2013.

Cantero García, Carmen y Gayoso Pardo, Miguel, *Estados Unidos, de la Independencia a la Primera Guerra Mundial*, Akal, Madrid, 1988.

Cañadas Francesc, María, *Alerta 2006: Conflictos Derechos Humanos y Construcción de Paz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Escola de Cultura de Pau, Icaria, 2006.

Cassese, Antonio, *Cassese's International Criminal Law*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, New York, 2013.

Cassese, Antonio y Dimas, Mireille, *Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales*, Norma, Bogotá, Colombia, 2004.

Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2003.

Cassese, Antonio et al. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Castillo, Santiago, *La Unificación de Corea: El Epílogo de la 'Guerra Fría'* Los Libros de la Catarata, Madrid, 2002.

Chehtman, Alejandro, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2010.

Chinchón Álvarez, Javier, *Derecho Internacional y Transiciones a la Democracia y la Paz: Hacia un Modelo para el Castigo de los Crímenes Pasados a Través de la Experiencia Iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007.

Cid Muñoz, María del Carmen, *La Corte Penal Internacional. Un largo Camino*, Dykinson, Madrid, 2008.

Clark, Jhon F., *The African Stakes of The Congo War*, ed. Jhon F. Clark, New York, 2002.

Conforti, Benedetto, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1993.

Cook, Susan E., *Genocide in Cambodia and Rwanda: New Perspectives*, Transaction Publisher, New Jersey, 2006.

Costas Trascasas, Milena, *Violencia Interna y Protección de la Persona. Una Laguna Jurídica del Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia 2008.

Crawshwa, Stuart y otros, *Human Rights and Policing*, Martinus Nijhoff Publisher, Netherland, 2007.

Crew, Spencer; Newby-Alexander, Cassandra; Greene Medford, Edna and others, *Race, Slavery and the Civil War: The Tough Stuff of American History and Memory*, Amanda Kleintop James Oliver Horton (edt.), Virginia Sesquicentennial of American Civil War Commission, Richmond, Virginia, 2011.

Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2010.

De Brower, Anne-Marie L. M., *Supranational Criminal Persecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2005.

Decaux, Emmanuel, *Le formes contemporaines de l'esclavage*, Académie de Droit International de La Haye, 2009.

Delgado Cantú, Gloria M. y otros, y otros, *Historia Universal. De la Era de las Revoluciones al Mundo Globalizado*, Pearson Educación, México, 2006.

Delgado Cánovas, Juan B., *El Derecho Internacional Humanitario a la Luz del Estatuto y la Jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000.

Denitch, Bogdan, *Nacionalismo y Etnicidad. La Trágica Muerte de Yugoslavia*, editorial Siglo XXI, México, 1995.

Detter Delupis, Ingrid, *The Law of War*, Cambridge University Press, 2000.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, with contributions by Louise Doswald-Beck and Robert Kolb, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2003.

Egaña, Iñaki, *Los Crímenes de Franco en Euskal Herria (1936-1940)*, Txalaparta, Donostia, España, 2009.

El Kouhene, Mohamed, *Les garanties fondamentales de la personne en droits de l'homme*, Couronne par le Prix Paul Reuter (1985) décerné par le Comité International de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1986.

Espaliú Berdud, Carlos, “Derecho Internacional Humanitario”, en *Derecho Internacional Público*, Víctor Manuel M. Sánchez (Dir.), Editorial Huysens, Barcelona, 2010, pp. 423-434.

Evans, Christine, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, United Kingdom, pp. 174-175.

Fawthrop, Tom and Jarvis, Helen, *Getting Away With Genocide? Elusive Justice and the Khmer Rouge Tribunal*, A UNSW Press Book, University of New South Wales Press, Sydney, Australia, 2005.

Figuerola Pla, Uldaricio, *Organismos Internacionales, Teorías y Sistemas Universales*, Tomo I, Ril, Santiago de Chile, 2010.

Forrest Martin, Francisco y otros, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties Cases, and Analysis*, Cambridge University Press, The United States of America, 2006.

Freehling, William W., *The Reintegration of American History: Slavery and the Civil War*, Oxford University Press, New York, 1994.

Galbreth, David J., *Global Institutions: The Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)*, Routledge, New York, 2007.

Ghandi, A. K., *The Second World War: The Complete Story*, Dynamic Publications Ltd., India, 2002.

García Arán, Mercedes y López Garrido, Diego, *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: El Caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Gardam Gail, Judith, *Non Combatant Immunity as a Norm of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1993.

Gasser, Hans Peter, "International Humanitarian Law: an Introduction", in: *Humanity for all: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, in H. Haug (ed.), Paul Haupt Publishers, Berne, 1993.

Gil Gil, Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.

Gil Gil, Alicia, *Derecho Penal Internacional: Especial Consideración del Delito de Genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 178.

Gourevitch, Philip, *Queremos informarle de que mañana seremos asesinados junto a nuestras familias. Historia de Ruanda*, traducido por Marita Osés, editorial Destino, Barcelona, 1999.

Greenspan, Morris, *The Modern Law of Land Warfare*, California UP, Cambridge UP, 1959.

Grover, Sonja C., *The Torture of Children During Armed Conflicts: The ICC's Failure to Prosecute and the Negation of Children's Human Dignity*, Springer, New York, 2014.

Grover, Sonja C., *Humanity's Children: ICC Jurisprudence and the Failure to Address the Genocidal Forcible Transfer of Children*, Springer, New York, 2013.

Guerrero Yoacham, Cristián y Guerrero Lira, Cristián, *Breve Historia de los Estados Unidos de América*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1998.

Guichaoua, André, *Les crises politiques au Burundi et au Rwanda (1993/1994)*, Université des Sciences et Technologie, Lille, 1995.

Guillerot, Julie y Magarrell, Lisa, *Reparaciones en la Transición Peruana: Memorias de un Proceso Inacabado*, Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) – International Center for Transitional Justice (ICTJ), Perú, 2006.

Hayner, Priscilla B., *Verdades Innombrables: El Reto de las Comisiones de la Verdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Heffer, Jean y Launay, Michel, *La Guerra Fría, 1945-1972*, Ediciones Akal, Madrid, 1992.

Hensel, Howard M, *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*, Howard M. Hensel (edit.), MPG Book Ltd. Bodmin, Cornwall, Great Britain, 2007.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2005.

Huntington, Samuel *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York: Simon and Schuster, 1996.

Ilfie, John, *África: Historia de un Continente*, Akal, Madrid, 2013.

Inazumi, Mitsue, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, University Utrecht, The Netherlands, 2003.

Inter-American Yearbook on Human Rights/Anuario Interamericano de Derechos Humanos, of the Inter-American Commission on Human Rights/Comisión Interamericana de Derechos Humanos and Inter-American Court of Human Rights/Corte Interamericana de Derechos Humanos, Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1989

Jacques, Mélanie, *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons Under International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2012,

Kabia, John M., *Humanitarian Intervention and Conflict Resolution in West Africa: From ECOMOG to ECOMIL*, Ashgate Publishing Limited, Great Britain, 2009.

Kaczorowska, Alina, *Public International Law*, Fourth Edition, Routledge, New York, 2010.

Kalshoven, Frits, *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publisher, The Netherlands, 2007.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, 1995.

Keegan, Jhon, *Secesión: La Guerra Civil Americana*, Turner Noema, Madrid, 2011.

Keen, David, *Conflict & Collusion in Sierra Leone*, International Peace Academy, New York, 2005.

Kiernan, Ben, *The Pol Pot Regime: Race, Power, and Genocide in Cambodia Under the Khmer Rouge, 1975-79*, Yale University Press, United States of America, 2002.

Kuperman, Alan J., *The Limits of Humanitarian Intervention: Genocide in Rwanda*, The Brookings Institution, Washington D. C., 2001.

Lagos Erazo, Jaime, *El 'Caso Pinochet' Ante Las Corte Británicas*, Editorial Jurídico de Chile, Chile, 1999.

La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, New York, 2008.

Le Billon, Philippe, *Fuelling War: Natural resources and armed conflict*, Routledge for the International Institute for Strategic Studies, London, 2005.

Lebor, Adam, *"Complicity with Evil": The United Nations in the Age of Modern Genocide*, Integrated Publishing Solution, 2006.

Levinson, Sanford (edt.), *Torture: A Collection*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004.

Lieblich, Eliav, *International Law and Civil Wars: Intervention and consent*. Routledge, Abingdon, Oxon, 2013.

Liñan Nogueras, Diego, J. y Roldán Barbero, Javier, *El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el Exterior*, Plaza y Valdés (PYV), Madrid, 2008.

Loveman, Brian y Lira, Elizabeth, *El Espejismo de la Reconciliación Política: Chile 1990-2002*, LON, Santiago de Chile, 2002.

Loveman, Brian y otros, *Historia; política y ética de la verdad en Chile, 1891-2001: reflexiones sobre la paz social y la impunidad*, Lom ediciones, Santiago, 2001.

Mamdani, Mahmood, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda*, Princenton University Press, Princenton, 2001.

Mangas Martín, Araceli, *Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Salamanca, 1992.

Mark, Duffield, *Global Governance and the New Wars. The emerging of Development and Security*, Londres, Zeb Books, 2001.

Martínez Alcañiz, Abraham, *El Principio de Justicia Universal y los Crímenes de Guerra*, tesis doctoral dirigida por José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, con la codirección de Alicia Gil Gil. Tesis doctoral inédita, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Departamento de Derecho Penal y Criminología, Madrid, 2014.

McMahan, Jeff, *Killing in War*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2009, pp. 46-47; Crawshaw, Ralph, and others, *Human Rights and Policing*, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2007.

Melvorn, Linda, *Un pueblo traicionado. El papel de occidente en el genocidio de Ruanda*, Colección Encuentro Intermon, Barcelona, 2007.

Melvorn, Linda, *A people betrayed: the role of the West in Rwanda's genocide*, New Africa Education Publishing, South Africa, 2000.

Meron, Theodor, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Meron, Theodor, *Human rights in internal strife: their international protection*, Grotius Publications, Cambridge, 1987.

Mettraux, Guénaél, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Michael Pugh & Neil Cooper with Jonathan Goodhand, *War Economies in A Regional Context: Challenges of Transformation*, International Peace Academy, United States of America, 2004.

Midlarsky, Manus I., *The Killing Trap: Genocide in the Twentieth Century*, Cambridge University Press, United States of America, 2005.

Milosevic, Mira, *El Trigo de la Guerra. Nacionalismo y Violencia en Kosovo, y Los Tristes y los Héroes*, Espasa, Madrid, 2000.

Moghalu, Kingsley, *Rwanda's Genocide: The Politics of Global Justice*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

Monroy Carba, Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, 5ta. edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2002.

Montoya, Roberto y Pereyra, Daniel, *El caso Pinochet y la impunidad en América Latina*, Editorial Pandemia, Argentina, 2000.

Mulaj, Klejda, *Politics of Ethnic Cleansing: nation-state building and provision of in/security in twentieth-century Balkans*, Rowman & Littlefield Publishers, United States of America, 2010.

Murphy, Sean D., *Humanitarian intervention: the United Nations in an evolving order*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania, 1996.

Nersessian, David L., *Genocide and Political Groups*, Oxford University Press, Oxford New York, 2010.

Ojeda Gómez, Mario, *Retrospección de Contadora: Los esfuerzos de México para la paz en Centroamérica (1983-1985)*, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, México, 2007.

Olásolo, Héctor, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From the ICTY's Case Law to the Rome Statute*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008.

Oppenheim, Lassa; Jennings, Robert and Watts, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law: Introduction and Part I*, Ninth Edition, vol. I, Routledge, London, 1992, pp. 953-954.

Ollé Sesé, Manuel, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Temis, Universidad de Nebrija, 2008.

Orford, Anne, *Reading Humanitarian Intervention. Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2003.

Otto, Roland, *Targeted Killings and International Law: With Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2012.

Randan, Peter, *The Breack - up of Yugoslavia and International Law*, Routledge, Tylor & Francis Group, London and New York, 2002.

Pardo Gato, José Ricardo, *La Justicia Universal*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S. A., Madrid, 2011.

Petit de Gabriel, Eulalia W., *Las Exigencias de Humanidad en el Derecho Internacional Tradicional, 1789 – 1939: el marco normativo y doctrinal de la intervención de humanidad y de la asistencia humanitaria*, editorial Tecnos, Madrid, 2003.

Pictet, Jean, *Le Droit Humanitaire et la Protection des Victimes de la Guerre*, A. W. Sijthoff – Leiden, Institut Henr-Dunat – Genève, 1973.

Pictet, Jean, *Commentary: III Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960.

Pictet, Jean, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958.

Perna, Laura, *The Formation of the Treaty Law of Non- International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publisher, The Netherlands, 2006.

Pfetsch, Frank R., y Rohloff, Christoph, *National and International Conflicts, 1945-1995: New empirical and theoretical approaches*, Routledge Avances in International Relations and Politics, Routledge Taylor and Francis Group, Great Britain, 2000.

Pigrau Solé, Antoni, *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España: La persecución del genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad por los Tribunales Nacionales*, Generalidad de Calatayud, Col-Lecció Recerca Per Drets Humans, Barcelona, 2009.

Prieto San Juan, Rafael, *Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Biblioteca Jurídica Díké, Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

Prunier, Gérard, *The Rwanda Crisis: History of a Genocide*, Columbia University Press, Nueva York, 1997.

Quénivet, Nöelle N. R. and Arnold, Roberta, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers/Brill, The Hague, 2008, p. 19.

Quiley, John, *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate, United State, 2006.

Ramelli Arteaga, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y el Estado de Beligerancia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Rayfuse, Rosemay, *War and the Environment: News Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2014.

Reichberg, Gregory M. y otros, *The Ethics of War: Classic and Contemporary Readings*, Gregory M. Reichberg, Henrik Syse and Andre Begby (eds.), Blackwell Publishing, 2006, U.S., pp. 562-563.

Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

Remiro Brotons, Antonio, *El Caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000

Remiro Brotons, Antonio, *El Caso Pinochet: Los límites de la impunidad*, Política Exterior/Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la Humanidad: La Lucha por una Justicia Global*, Siglo XXI, Madrid, España, 2008.

Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ariel, Barcelona, 1966.

Rubio Plo, Antonio R., *La OSCE y su concepción de la seguridad: La convergencia de las organizaciones regionales europeas y de la OSCE en torno a una concepción integral de la seguridad*, Ministerio de Defensa, Centro de Publicaciones, 2008.

Ruiz- Giménez Arrieta, Itziar, *La Historia de la intervención humanitaria. El imperialismo altruista*, Catarata, Madrid, 2005.

Sánchez Sánchez, Hernando y Sánchez Sánchez, Eduardo, *Código de derecho penal internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2007, p. 41-48.

Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1983.

Scarpa, Silvia, *Traffing in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008.

Scott, Shirley V., y otros, *International Law and the Use of Force: A Documentary and Reference Guide*, Greenwood Publishing Group, United States of America, 2010.

Schabas, William A., *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, United State, 2010

Schabas, Willian A., *Genocide in International Law: The Crime of the Crimes*, Cambridge University Press, United Kingdom, Second Edition, 2009.

Schabas, Willian A., *Genocide in International Law*, University Press Cambridge, United Kingdom, 2000.

Scheuer, Michael, *“Through Our Enemies’ Eyes: Osama Bin Laden, Radical Islam, and the Future of America”*, Potomac Books Inc, 2da. ed., The United States of America, 2005.

Schindler, Dietrich and Toman, Jirí, *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, The Netherlands, 1988.

Segura Serrano, Antonio, *El derecho internacional humanitario y las operaciones de mantenimiento de la paz*, Plaza y Valdes (PYV), Madrid, 2007.

Sellers, Kirsten, *‘Crimes against Peace’ and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2013.

Sevbolt, Taylor B., *Humanitarian Military Intervention: The Conditions for Success and Failure*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007.

Shea, Dorothy, *The South African truth Commission: The Politics of Reconciliation*, United States Institute of Peace, United States of America, 2000.

Sifris, Ronli, *Reproductive Freedom, Torture and International Human Rights: Challenging the Masculinisation of Torture*, Routledge, Abingdon, Oxon (United Kindom), 2014.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non – International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2012.

Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, New York, United States of America, 2010.

Stavenhagen, Adolfo, *Conflictos Étnicos y Estado Nacional*, United Nations Research Institute for Social Deveploment, Siglo XXI, México, 2000.

Steiner, Henry J. y otros, *International Human Rights in Context. Law Politics Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Taibo, Carlos, *La Desintegración de Yugoslavia*, Catarata, Madrid, España, 2000.

Terrett, Steve, *The Dissolution of Yugoslavia and the Badinter Arbitration Commission: a contextual study of peace – making efforts in the post – Cold War World*, Ashgate/Dartmouth, 2000.

Toyin, Falola, and Oyebade, Adebayo O., *Hot Spot: Sub-Saharan Africa*, Greenwood Publisher Group, United States of America, 2010.

Torres Pérez, María y Bou Franch, Valentín, *La contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Turner, Thomas, *The Congo Wars: Conflict, Myth and Reality*, Zed Books Ltd, London, 2007.

Valdez Arroyo, Flor de María, *Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, Lima, 2004.

Valdés Salmerón, Verónica, *Ética Ciudadana. De lo individual a lo social, de lo social a lo global*, Pearson Educación, México, 2003.

Virreal Corrales, Lucinda, *Cooperación internacional en materia penal*, editorial Porrúa, México, 1997.

Vinuesa, Arturo, *El Conflicto de los Balcanes y la seguridad común, europea*, Editorial, España, 2002.

Vorenberg, Michael, *Final Freedom: The Civil War, the Abolition of Slavery, and the Thirteenth Amendment*, Cambridge University Press, United States of America, 2001.

Wallis, Andrew, *Silent Accomplice: The Untold Story of France's Role in the Rwandan Genocide*, I.B. Tauris & Co. Ltd, London, 2007.

Waschefort, Gus, *International Law and Child Soldiers*, Studies in International Law, Hart Publishing Ltd, United Kingdom, 2015.

Waugh, Colin M., *Paul Kagame and Rwanda. Power, Genocide and the Rwandan Patriotic Front*, editorial McFarland, E.U., 2004.

Ward, Arthur, *A Guide to Wartime Collectables*, Pen & Sword Military, Great Britain, 2013.

Werle, Gerhard y Jessberger, Florian, *Principles of International Criminal Law*, third edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, p. 458.

Wheeler, Nicholas J, *Saving strangers: humanitarian intervention in international society*, Oxford, Oxford University Press, New York, 2000.

Welsh, Jennifer M., *Humanitarian intervention and international relations*, Oxford University Press, The United States, 2006.

Wilmschurst, Elizabeth, *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

Yildiz, Kerim, y Breau, Susan, *The Kurdish Conflict: International Humanitarian Law and Post-Conflict Mechanisms*, Routledge, Abingdon, Oxon, p. 46.

Zegveld, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

2.-Artículos de revistas y libros colectivos:

Abanto Vásquez, Manuel A., “Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos”, en *Revista Penal*, n. 18, 2006, pp. 3-44.

Abass, Ademola, “The Security Council’s Power over Jurisdiction”, en *Texas International Law Journal*, vol. 40, n. 2, 2005, pp. 263-297.

Abi-Saab, Georges, “Conflicts of a non International Character”, en *International Dimensions of Humanitarian Law*, Institute Henry-Dunant, Unesco, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1988, pp. 217-239.

Abi Saab, Georges, “The Uses of Article 19”, en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 339-351.

Abi-Saab, Rosemary, “Le droit et les troubles internes”, en *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: L’Ordre Juridique International, Un Système En Quête D’Équité Et D’Universalité: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, en Laurence Boisson de Chazournes and Vera Gowlland-Debbas (edits.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, 477-493.

Abi-Saab, Rosemary, “*Droit Humanitaire et Conflits Internes. Origins et evolution de la réglementation internationale*”, A. Pedone, Paris, 1986

Abresch, William, “A Human Rights Law of Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, en *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 16, n. 4, 2005, pp. 741-767.

Abrams, Jason, “The Atrocities in Camboya and Kosovo: Observations on the Codification Genocide”, en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 303-309.

Acquaviva, Guido. “At the Origins of Crimes against Humanity: Clues to a Proper Understanding of the Nullum Crimen Principle in the Nuremberg Judgment”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n. 4, 2011, pp. 881-903.

Aguirrezabal Quijera, Irune, “Importancia de Incorporar Legislación Interna Relativa a la Corte Penal Internacional”, en *Justicia Penal Internacional*, Corcuera CablesT, Santiago y Guevara Bermúdez, José A.(comps.), Universidad Iberoamericana, México, 2001, pp. 189-200.

Agger, Kasper, “The End of Amnesty in Uganda: Implications for LRA Defections”, en The Enoug Project, August 2012, pp. 1-8 (1). Vid. <http://www.enoughproject.org/files/GuluDispatch.pdf>, fecha de consulta 09 de septiembre de 2013

Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Inmunidad en el Derecho Internacional: Un Lento Proceso de Evolución. Comentario a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Alemania vs. Italia, 2012”, en *Revista Tribuna Internacional*, vol. 2, n. 4, 2013, pp. 113-138.

Akande, Dapo, "Clearing the Fog of War – The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 1, n. 1, 2010, pp. 180-192.

Akande, Dapo, "International Law Immunities and the International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 98, n. 3, 2004, pp. 407-433.

Akhavan, Payan "Beyond Impunity: Can International Criminal Justice Prevent Future Actrocities", *AJIL*, vol. 95, n. 1, 2001, pp 7-31.

Akhavan, Payam, "The International Criminal Tribunal for Ruanda: The Politics and Pragmatics of Punishment", en *AJIL*, vol. 90, num. 3, July, 1996, pp, 501-510.

Akhavan, Payam, "Reconciling Crimes against Humanity with the Laws of War", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 1, 2008, pp. 21-37.

Akhavan, Payam, "The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 4, 2005, pp. 989-1006.

Andrés Ibáñez, Perfecto, "Impunidad y Vacío de Jurisdicción", en *Contra la Impunidad: simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 125-128.

Aldrich, George H., "Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 90, n. 1, 1996, pp. 64-69.

Allier Montaña, Eugenia, La (no) Construcción de Memorias Sociales sobre el Exilio, en *Memorias de la Violencia en Uruguay y Argentina: Golpes, Dictaduras, Exilios (1973-2006)*, Eduardo Rey Tristán (dir.), Universidad Santiago de Compostela, 2007, pp. 273-292.

Allen, Tin, "War and Justice in Northern Uganda: An Assessment to the International Criminal Court's Intervention", Independent Report, pp. 1-93, February 2005, ver en: <http://r4d.dfid.gov.uk/PDF/Outputs/CrisisStates/AllenICCRReport.pdf>, fecha de consulta 10 de septiembre de 2013

Amann, Diane Marie, "The United States of America and The International Criminal Court", en *American Journal of Comparative Law Supplement*, vol. 50, n. 2002, pp. 381-404.

Arnold, Roberta, "The Mens Rea of Genocide under the Statute of the International Criminal Court", en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n. 2, 2003, pp. 127-151

Aptel, Cécile, "The intent to commit genocide in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda", en *Criminal Law Forum*, vol. 13, n. 3, 2002, pp. 273-291.

Arai-Takahashi, Yutaka, "Disentangling Legal Quagmires: The Legal Characterization of the Armed Conflicts in Afghanistan Since 6/7 October 2001 And the Question of

Prisoner of the War Status”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2002, vol. 5, pp. 61-105.

Arsanjani, Mahnoush H., “The Statute of International Criminal Court”, en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 22-43.

Arsanjani, Mahnoush H., “The International Criminal Court and National Amnesty Laws”, en *American Society of International Law Proceedings, Annual Meeting*, vol. 93, 1999, pp. 65-68.

Aldrich, George H., “The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants”, en *AJIL*, vol. 96, n. 4, 2002, pp. 891-898.

Ambos, Kai, y Stegmiller, Ignaz, “Investigando Crímenes Internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en *Revista Penal*, n. 32, julio 2013, pp. 41-59.

Ambos, Kai, “Enjuiciamiento de Crímenes Internacionales en el Nivel Nacional e Internacional: Entre Justicia y Realpolitik”, en *Panorama internacional sobre justicia penal, proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y Sistemas, Jurídicos Comparados*, Sergio García Ramírez y Mariscal Olga Isla De González (coords.), séptimas jornadas sobre justicia penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, pp. 371-390.

Ambos, Kai and Wirth, Steffen, “The Current Law of Crimes against Humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, en *Criminal Law Forum*, vol. 13, n. 1, 2002, pp. 1-90.

Ambos, Kai, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, en *IRRC*, vol. 91, n. 876, 2009, pp. 833-858.

Ambos, Kai, “Se Hizo Justicia? La Legalidad del Asesinato de Bin Laden según el Derecho Internacional”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 104, época II, 2011, pp. 5-26.

Ambos, Kai, y Malarino, Ezequiel, “Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina. Conclusiones Preliminares”, en *Persecución Penal de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Malarino Ezequiel (edits), Fundación Konrad Adenauer Stiftung. V., Montevideo, Uruguay, 2003, p. 577-589.

Ambos, Kai, “El Fundamento del *Ius Puniendi* Nacional; en Particular, su Aplicación Extraterritorial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XL, n. 119, 2007, pp. 267-293.

Ambos, Kai, “El Marco Jurídico de la Justicia de Transición”, en *Justicia de Transición*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (edits), Fundación Konrad Adenauer Stiftung. V., Mastergraf srl, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 23-129.

Ambos, Kai, “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 17, 2012, pp. 1-30.

Ambos, Kai, “Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n. 3, 2011, pp. 655-675.

Ambos, Kai, “Enjuiciamiento de Crímenes Internacionales en el Nivel Nacional e Internacional: Entre Justicia y Realpolitik”, en *Panorama internacional sobre justicia penal, proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y Sistemas, Jurídicos Comparados*, Sergio García Ramírez y Mariscal Olga Isla De González (coords.), séptimas jornadas sobre justicia penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2007, pp. 371-390.

Ambos, Kai y Böhm, María Laura “Una Explicación Cronológica del Genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la ‘intención de destruir’”, en *Revista Penal*, n. 26, 2010, pp. 65-78.

Arai-Takahashi, Yutaka, “Disentangling legal quagmires: the legal characterization of the armed conflicts in Afghanistan since 6/7 October 2001 and the question of prisoner of the war status”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2002, vol. 5, pp. 61-105.

Asking, Kelly D., “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 97-123.

Azorín, Jaime Tomás, “Derechos Humanos en Guatemala: Un Compromiso con la Jurisdicción Universal”, en *Cuadernos Internacionales de Formación Sindica – Confederación Sindical de Comisiones Obreras*, febrero 2009.

Bakker, Christine A. E., “Universal Jurisdiction of Spanish Courts over Genocide in Tibet: Can it Work?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 3, 2006, pp. 595-601.

Balint, Jennifer L., “Conflict, Conflict Victimization, and Legal Redress, 1945-1996”, en *Law And Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 231-247.

Balendra, Natasha, “Defining Armed Conflict”, en *Cardozo Law Review*, vol. 29, 2007-2008, pp. 2461-2516.

Bales, Kevin and Robbins, Peter, “No One Shall Be Held in Slavery or Servitude: A critical analysis of international slavery conventions”, en *Human Rights Review*, vol. 2, n. 2, 2001, pp. 18-45.

Barboza, Julio, “International Criminal Law”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 278, The Hague, 1999, pp. 13-199.

Behrens, Paul, “The Mens Rea of Genocide”, en *Elements of Genocide*, Paul Behrens and Ralph Henham (eds.), Routledge, United Kingdom, 2013, pp. 70-96.

Basedau, Matthias and Jann Lay, "Conceptualizing the "Resource Curse" in Sub-Saharan Africa: Affected Areas and Transmission Channels", en *Resource Politics in Sub-Saharan Africa*, Hamburg African Studies. Matthias Basedau y Andreas Mehler (eds.), Etudes Africaines Hambourgeoises, Institut für Afrika-Kunde, Hamburg, 2005, pp. 9-24.

Bassiouni, M. Cherif. y Blaskesley, Christopher L., "The Need for an International Criminal Court in the New International World Order", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 25, n. 2, 1992, pp. 151-182.

Bassiouni, M. Cherif, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n. 1, 2001, pp. 81-162.

Bassiouni, M. Cherif. "Former Yugoslavia: Investigating Violations of International Humanitarian Law and Establishing an International Criminal Tribunal", en *Fordham International Law Journal*, vol. 18, n. 4, 1994, pp. 1191-1211.

Bassiouni, M. Cherif., "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, vol. 32, n. 3, 1999, pp. 443-469.

Bassiouni, M. Cherif, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 4, n. 4, 1996, pp. 9-28.

Bassiouni, M. Cherif, "Crimes against Humanity: The Case for a Specialized Convention", en *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, n. 4, 2010, pp. 575-593.

Bassiouni, M. Cherif, "The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n. 3, 2008, pp. 711-810.

Bassiouni, M. Cherif. "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, pp. 11-62.

Bassiouni, M. Cherif., "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities", en *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 8, n. 1, 1998, pp. 199-275.

Bassiouni, M. Cherif, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", en *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 42, n. 1, 2001, pp. 81-162.

Bassiouni, M. Cherif., "The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n. 3, 2008.

Bassiouni, M. Cherif, "Enslavement as an International Crime", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 23, n. 21, 1991, pp. 445-517.

Bassiouni, M. Cherif, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 4, n. 4, 1996, pp. 9-28.

Bevy, Lawrence J., "Institute for Counter-Terrorism", en *Al – Qaeda: An Organization to Be Reckoned With*, Bevy, Lawrence J. (edit.), Novinka Books, Nova Science Publisher, New York, 2006, pp. 1-10.

Bianchi, Andrea, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 237-277.

Blanchard, Christopher M., "Al Qaeda: Statement and Evolving Ideology", en *Al – Qaeda: An Organization to Be Reckoned With*, Bevy, Lawrence J. (edit.), Novinka Books, Nova Science Publisher, New York, 2006, pp. 11-27.

Blankesley, Christopher L., "Ruminations on Terrorism & Anti-Terrorism, law & Literature", en: *University Miami Law Review*, vol. 57, n. 4, 2003, pp. 1041-1046.

Blanc Altemir, Antonio, "El tribunal especial para sierra leona: Un instrumento contra la impunidad por Las violaciones graves del derecho Internacional humanitario", en *Rev – Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, pp. 101-137.

Blokker, Niels, "The La won the Use of Force and the Responsibility to Protect: Straitjacket or Life Jacket?", en *Building a New Role for the United Nations: the Responsibility to Protect, A Collection of Comments* edited by Carlos Espósito and Jessica Almqvist, en *FRIDE*, September 2005, pp. 12-15, ver en http://fride.org/descarga/WP12_RoleUN_ENG_sep05.pdf, fecha de consulta 25 de septiembre de 2013.

Boeving, James Nicholas, "Aggression, International Law, and the ICC: An Argument for the Withdrawal of Aggression from the Rome Statute", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, n. 2, 2005, pp. 557-611.

Boelaert-Suominen, Sonja, "Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflict: Is Customary Law Moving towards a Uniform Enforcement Mechanism for All Armed Conflicts?", en *Journal of Conflict And Security Law*, vol. 5, n. 1, 2000.

Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., "Congressional Authorization and the War on Terrorism", en *Harvard Law Review*, vol. 118, n. 7, 2005, pp. 2047-2133.

Bradley, Curtis A., "Universal Jurisdiction and U. S. Law", en *University of Chicago Legal Forum*, 2001, pp. 323-350.

Bugnion, François, "The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law", en: *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n. 1, 2004-2005, pp. 191- 216.

Barnett, Michael N., "The UN Security Council, Indifference, and Genocide in Rwanda", en *Cultural Anthropology*, vol. 12, n. 4, pp. 551-578.

Becerra Ramírez, Manuel, “El 11 de septiembre y el derecho internacional”, en *Globalidad y Conflicto: Estados Unidos y la crisis de septiembre*, José Luis Valdés Ugalde y Diego Valadés (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 257-270.

Bekker, Pieter H.F., “World Court Orders Belgium to Cancel an Arrest Warrant Issued against the Congolese Foreign Minister”, en *ASIL Insights*, 2002, vid. en <http://www.asil.org/insigh82.cfm>, fecha de consulta 30 de agosto de 2013

Bermejo García, Romualdo, “El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario”, en *Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario. V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Consuelo Ramón Chornet (edit.), Cruz Roja Española de Valencia y CINC SEGLES, Universitat de València, 2001, pp. 125-152.

Benjamin, Barry M., “Unilateral Humanitarian Intervention: Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 16, n. 1, 1992, pp. 321-336 (127).

Bermejo García, Romualdo y Gutiérrez Espada, Cesáreo, “La Independencia de Kosovo a la Luz del Derecho de Libre Determinación”, en *Revista Real Instituto Elcano*, Documento de Trabajo, n., 7/2008, 2008.

Bellal, Annyssa and others, “International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan”, en *IRRC*, vol. 93, n. 881, 2011, pp. 47-79.

Beresford, Stuart and Muller, A.S., “The Special Court for Sierra Leone: An Initial Comment”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n. 3, 2001, pp. 635-651.

Bergsmo, Morten, “El Régimen de la Competencia en la Corte Penal Internacional”, en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos y Óscar Javier, Julián Guerrero (comps.), Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 179-209.

Bierzanek, Remigiusz, « Quelques remarques sur l’applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés aux conflits internes internationalisés », en *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge / Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles, en l’honneur de / in honour of Jean Pictet*, Christophe Swinarski (Rédacteur / Editor), Comité international de la Croix-Rouge – Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1984, pp. 281-290.

Bindschedler-Robert, Denisse, “A Reconsideration of the Law of Armed Conflicts”, en *Report of the Conference on Contemporary Problems of the Law of Armed Conflicts*, Geneva, of 15-20 September 1969, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1971, pp. 1-61.

Blakesley, Christopher L., “Autumn of the Patriarch: The Pinochet Extradition Debacle and Beyond Human Rights Clauses Compared to Traditional Derivative Protections Such as Double Criminality”, en: *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 91, n. 1, 2000,.

Bradley, Curtis A. and L. Goldsmith, Jack, "Pinochet and International Human Rights Litigation", *Michigan Law Review*, vol. 97, n. 7, 1999, pp. 2129-2184.

Bolton, John R., "The United States and the International Criminal Court", en *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*, Willian Driscoll, Joseph P. Zompetti and Suzette W. Zompetti (eds.), International Debate Education Association, New York, 2004, pp. 160-170.

Bollo Arocena, María Dolores, "Soberanía, Justicia Universal e Inmunidad de Jurisdicción en los Asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia", en *REDI*, vol. LVI, n. 1, 2004, pp. 91-127.

Bothe, Michael, "Article 3 and Protocol II: Case Studies of Nigeria and El Salvador", en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, pp. 899-909.

Bottini, Gabriel, "Universal Jurisdiction after the Creation of the International Criminal Court", en *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 36, n. 3, 2004, pp. 503-562.

Bou Franch, Valentín, "Inmunidad del Estado y Violación de Normas Internacionales de Jus Cogens: El Asunto Al-Adsani contra Reino Unido", en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 279-303.

Bourdon, William, "Prosecuting the Perpetrators of International Crimes: What Role May Defense Counsel Play?", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 2, 2005, pp. 434-446.

Boustany, Katia, "La qualification des conflits en droit international public et le maintien de la paix", en *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 6, n. 1, 1989-1990, pp. 38-58.

Bradley, Curtis A. and Goldsmith, Jack L., "Congressional Authorization and the War on Terrorism", en *Harvard Law Review*, vol. 118, n. 7, 2005, pp. 2047-2133.

Bradley, Curtis A., "The Military Commissions Act, Habeas Corpus, and the Geneva Conventions", *AJIL*, vol. 101, n. 2, 2007, pp. 322-344.

Branch, Adam, "Uganda's Civil War and the Politics of ICC Intervention", en *Ethics & International Affairs*, vol. 21, n. 2, 2007, pp. 179-198.

Brown, Bartram S., "U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4, 1999, pp. 855-891.

Brody, Reed, "The Case of Augusto Pinochet", en *The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, Reed Brody and Michael Ratner (eds.), Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2000, pp. 7-23.

Brunner, Georg, “Un Hito en el Camino Hacia el Estado de Derecho. El largo tiempo impedido y finalmente conseguido control de la constitucionalidad en Europa del Este”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 82, octubre-diciembre de 1993, pp. 137-144.

Buckley, John, “Air Power and the Modern World”, en: *War in the Modern World Since 1815*, en Jeremy Black (edit.), Routledge, London, 2003, pp. 237-257.

Bukhalter, Holly J., “The question of genocide: The Clinton Administration and Rwanda”, en *World Policy Journal*, vol. 11, n. 4, 1994, pp. 44-54 (45).

Bugnion, François, “Guerra Justa, Guerra de Agresión y Derecho Internacional Humanitario”, en *RICR*, n. 487, 30/09/2002, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecmu.htm>

Bula-Bula, Sayeman, *Droit International Humanitaire*, Academia Bruylant, L'Harmattan, 2012, p. 199; Goldman, Robert Kogod, “International Humanitarian Law: Americas Watch's Experience in Monitoring Internal Armed Conflicts”, en *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, n. 1, 1993, pp. 49-94.

Bunyanunda, mann (mac) , “The Khmer Rouge on Trial: Whither the defense?”, en *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001, pp. 1581-1621.

Burke-White, William W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, en *Harvard International Law Review*, vol. 49, n. 1, 2008, pp. 53-108.

Burns, Peter, “Aspect of Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, A paper prepared for the Symposium on the International Criminal Court February 3 - 4, 2007, Beijing, China, ver en <http://icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/AspectofCrimesAgainstHumanity.pdf>, fecha de consulta 12 de diciembre de 2013

Byman, Daniel L., “Al-Qaeda as an Adversary: Do We Understand Our Enemy?”, en *World Politics*, vol. 56, n. 1, 2003, pp. 139-163.

Byron, Christine, “A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 47, n. 4, 2007, pp. 839-896.

Cárdenas, Emilio J., “El Terrorismo Internacional, Crimen de Lesa Humanidad”, en *Agenda Internacional*, año 1, n. 2, 2004, pp. 44-54.

Cardona Llorens, Jorge, “La Corte Penal Internacional y el Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales”, en *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 61-103.

Carnero Rojo, Enrique, “The Role of Fair Trial Considerations in the Complementarity Regime of the International Criminal Court: From ‘No Peace without Justice’ to ‘No

Peace with Victor's Justice'?", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, n. 4, 2005, pp. 829-869.

Cantrell, Charles L., "Civilian Protection in Internal Armed Conflicts: The Second Diplomatic Conference", en *Texas International Law Journal*, vol. 11, n. 2, 1976, pp. 305-328.

Carrillo Salcedo, Juan A. "La Cour Pénale Internationale: L'Humanité trouve une place le Droit International", en *Révue Générale de Droit International Public*, vol. 103, n. 1, 1999, pp. 23-28,

Capellà i Roig, Margalida, "Los Crímenes contra la Humanidad en el Caso Scilingo", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org), 2005, pp. 1-13.

Carrier-Desjardins, Laurence, "The Crime of Persecution and the Situation in Darfur: A Comment on the Al Bashir Arrest Warrant Decision", pp. 1-9 (6) en The Hague Justice Portal, ver en <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10761>, fecha de consulta 15 enero de 2014.

Clapham, Andrew, "The Role of the Individual in International Law", en *EJIL*, vol. 21, n. 1, 2010, pp. 25-30.

Carrillo Córdoba, Ana M. y Pérez Gil, Luis V., "Consideraciones Acerca del Instrumento Jurídico de Establecimiento de Tribunales Penales Internacionales", en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Laguna, n. 13, 1996, pp. 219-236.

Carrillo Santarelli, Nicolás and Espósito, Carlos, "The Protection of Humanitarian Legal Goods by National Judges", en *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2013, pp. 67-96.

Corrie, Karen L., "International Criminal Law", en *International Lawyer*, vol. 46, n. 1, 2012, pp. 145-153.

Cassel, Douglass, "Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n. 4, 1996, pp. 197-230.

Casas, Roger, "La Larga Marcha de la Justicia en Camboya", 11 de enero de 2007, en *Global Affairs*, pp. 1-6, 2007.

Cassese, Antonio, "On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 4, 2007, pp. 875-887.

Cassese, Antonio, "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 3, 2003, pp. 589-595.

Cassese, Antonio, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", en *EJIL*, vol. 13, n. 4, 2002, pp. 853-875.

Cassese, Antonio, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 144-171.

Cassese, Antonio, "Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 23-30.

Cassese, Antonio (Caesius, A.), "The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections", en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 144-171.

Cassese, Antonio, "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", en *EJIL*, vol. 12, n. 5, 2001, pp. 993-1001.

Cassese, Antonio, "The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 5, 2006, pp. 933-958.

Cassese, Antonio, "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", en *EJIL*, vol. 11, n. 1, pp. 187-216.

Cassese, Antonio, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", en *UNCLA Pac Basin L. J.*, vol. 55, n. 3, 1984, pp. 55-118.

Chandler, David, "The Road to Military Humanitarianism: How the Human Rights NGOs Shaped A New Humanitarian Agenda", en *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 3, 2001, pp. 678-700.

Cheeseman, Nic, "The Kenya Elections of 2007: An Introduction", en *Journal of Eastern African Studies*, vol. 2, n. 2, 2008, pp. 166-184.

Chege, Michael, "Kenya: Back From the Brink?", en *Journal Democracy*, vol. 19, n. 4, 2008, pp. 125-139.

Chernor Jalloh, Charles, "Situation in the Republic Of Kenya", en *AJIL*, vol. 105, n. 3, 2011, pp. 540-547.

Chernor Jalloh, Charles, "What Makes a Crime against Humanity a Crime against Humanity", en *American University International Law Review*, vol. 28, n. 2, 2013, pp. 381-441.

Chesterman, Simon, "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes against Humanity", en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 10, n. 2, 2000, pp. 307-343.

Chidi Njagu, Mba, "Violence in Kenya: Any Role for the ICC in the Quest for Accountability", en *African Journal of Legal Studies*, vol. 3, n. 1, 2009, pp. 78-95.

Chiara Gillard, Emanuela, “Reparation for Violations of International Humanitarian Law”, en *IRRC*, vol. 85, n. 851, 2003, pp. 529-552.

Cerna, Christina M., “Hugo Princz v. Federal Republic of Germany: How Far Does the Long-Arm Jurisdiction of US Law Reach?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, n. 2, 1995, pp. 377-393.

Clapham, Andrew, “The Role of the Individual in International Law”, en *EJIL*, vol. 21, n. 1, 2010, pp. 25-30.

Cleveland, Sarah, “Harmonizing Standards in Armed Conflict”, September 8, 2014, en *EJIL: Talk!*, publicado en <http://www.ejiltalk.org/harmonizing-standards-in-armed-conflict/>, fecha de consulta 18 de marzo de 2015.

Kress, Claus, “The 1999 crisis in East Timor and the threshold of the law on war crimes”, en *Criminal Law Forum*, vol. 13, n. 4, 2002, pp. 409-470.

Kress, Claus, “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization Within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, n. 4, 2010, pp. 855-873.

Kress, Claus, “War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2000, pp. 103-177.

Clark, Jeffrey. “Debacle in Somalia”, en *Foreign Affairs*, vol. 72, n. 1, 1992, pp. 109-123.

Clutterbuck, Lindsay, “Law Enforcement”, en *Attacking Terrorism: Elements of A Grand Strategy*, Audrey Kurth Cronin and James M. Ludes (eds.), Georgetown University Press, Washington, D.C., 2004, pp. 140-161.

Collier, Paul, “La globalización y los más pobres. ¿Qué ha salido mal?, ¿Qué podemos hacer?”, en *Comercio y Desigualdad Internacional*, Alonso, José Antonio y Garcimartín, Carlos (eds.), Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005, pp. 91-101.

Consigli, José Alejandro, “Algunos aspectos de la relación entre las operaciones de paz de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario”, en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, en Gabriel Pablo Valladares, Lexis Nexis Abeledo Perrot (comp.), Lecciones y Ensayos, n. 78, Buenos Aires, 2003.

Cortés Rodas, Francisco, “Entre el perdón y la justicia. Reflexiones en torno a los límites y contradicciones de la justicia transicional”, en *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*, Camila de Gamboa Tapias (edit.), Universidad del Rosario, Colombia, 2006, pp. 85-112.

Costas Trascasas, Milena, “La Ley Estadounidense de Comisiones Militares: Un Análisis Crítico desde la Perspectiva del Derecho Internacional”, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 407-436, ver en

<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21427/1/ ADI XXIII 2007 11.pdf>, fecha de consulta 28 de diciembre de 2014.

Cook, John R., "President Obama Orders Closure of Guantánamo Detention Facilities: Obstacles Remain", en *AJIL*, vol. 103, n. 2, 2009, pp. 325-331.

Crocker, Chester A., "The Lessons of Somalia: Not Everything Went Wrong", en *Foreign Affairs*, vol. 74, n. 3, mayo-junio 1995, pp. 2-8.

Crawford, James, "Revising the Draft Articles on States Responsibility", en *EJIL*, vol. 10, n 2, 1999, pp. 435-460.

Crawford, James, "The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal", en *AJIL*, vol. 88, n 1, 1994, pp 140-153.

Crawford, James, "The ILC's Adopts a Statute for an International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 89, n. 2, 1995, pp. 404-416.

Dagne, Ted, "The Democratic Republic of Congo: Background and Current Developments", en *Congressional Research Service*, 2011, pp. 1-16.

Dahlstrom, Elizabeth K., "The Executive Policy toward Detention and Trial of Foreign Citizens at Guantanamo", en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, n. 3, 2003, pp. 662-682.

Danilenko, Gennady M., "Application of Customary International Law to Municipal Law", en *International Law and Municipal Law: proceeding of the German-Soviet Colloquy on International Law*, in Grigory I. Tunkin and Rüdiger Wolfrum (eds.), Duncker & Humblot, Berlin, Germany, 1988; pp. 13-23.

Darcy, Shane, "Prosecuting the War Crime of Collective Punishment: Is It Time to Amend the Rome Statute?", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n. 1, 2010, pp. 29-51.

Darryl, Robinson, "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *EJIL*, vol. 14, n. 3, 2003, pp. 481-505.

Darryl, Robinson, "Crimes against Humanity at the Rome Conference", en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 43-57.

Darryl, Robinson y Von Hebel, Herman, "War Crimes in Internal Conflicts: article 8 of the ICC Statute" en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 193-209.

Denov, Myriam S. "Wartime sexual violence: Assessing a human security response to war-affected girls in Sierra Leone", en *Security Dialogue*, vol. 37, n. 3, 2006, pp. 319-342.

De Bertodano, Sylvia, “Current Developments in Internationalized Courts: East Timor – Justice Denied”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 3, 2004, pp. 910-926.

De Bertodano, Sylvia, “Current Developments in Internationalized Courts”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 1, 2003, pp. 226-244.

De Bertodano, Sylvia, “Problems Arising from the Mixed Composition and Structure of the Cambodian Extraordinary Chambers”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 2, 2006, 285-29.

De Gamboa Tapias, Camila y Mejía Giraldo, José Alejandro, “El caso peruano: un análisis del mundo transicional en el posconflicto”, en *El tránsito hacia la paz: de las herramientas nacionales a las locales. Estrategias de la transición en cinco países y en tres ciudades colombianas*, Camila de Gamboa Tapias (edit.), Universidad dl Rosario, Colombia, Bogotá, D.C., 2010, pp. 143-181.

Dehn, John C., “Why Article 5 Status Determinations are not ‘Required’ at Guantánamo”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 2, 2008, pp. 371-383.

De Wet, Erika, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, en *EJIL*, vol. 15, n. 1, 2004, pp. 97-121.

Des Forges, Alison Liebhafsky, “Leave None to Tell the Story Genocide in Rwanda”, en *Human Rights Watch*, vol. 3169, n. 189, 1999, pp. 23-24.

Deen-Racsmány, Zsuzsanna, “Prosecutor v. Taylor: The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, n. 2, 2005, 299-322.

Díaz Gómez, Catalina, “La Reparación de las Víctimas de la Violencia Política en Colombia: Problemas y Oportunidades”, en *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*, Camila de Gamboa Tapias (edit.), Universidad del Rosario, Colombia, 2006, pp. 518-551.

Díaz Muller, Luis T., “El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos: Un Enfoque Latinoamericano”, en *La Rebelión en Chiapas y el Derecho*, Mario Melgar Adalid, José Francisco Ruiz Massieu y José Luis Soberanes Fernández (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1994, pp. 73-91.

Dickinson, Laura A., “The Promise of Hybrid Courts”, en *AJIL*, vol. 97, n. 2, 2003, pp. 295-310.

Dominicé, Chirstian, “The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations”, en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 353-363.

Dörmann, Knut, “La Situación Jurídica de los “Combatientes Ilegales/no Privilegiados””, en *RICR*, 31-03-2003, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tedfg.htm>

Dörmann, Knut, and Geib, Robin, “The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 703-721.

Doswald-Beck, Louise, “The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?”, en *IRRC*, vol. 88, n. 864, December 2006, pp. 881-904.

Droege, Cordula, “The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”, en *Israel Law Review*, vol. 40, n. 2, 2007, pp. 310-355.

Dugard, John, “Dealing With Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n. 4, 1999, pp. 1001-1015.

Dugard, John, “Reconciliation and Justice: The South African Experience”, en: *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 8, n. 2, 1998, pp. 277-311.

Escobar Hernández, Concepción, “Las Relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas”, en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, España, 2000, pp. 31-44.

Ehrenreich Brooks, Rosa, “War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, n. 675, 2004, pp. 676-760.

El Zeidy, Mohamed M., “The principle of complementarity: A new machinery to implement International criminal law”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, n. 4, 2002, pp. 869-975 (940-941).

Elewa Badar, Mohamed, “Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Facto in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals”, en *International Criminal Law Review*, vol. 5, n. 1, 2005, pp. 203-246.

Ellis, Mark S., “The international criminal court and its Implication for domestic law and national Capacity building”, en *Florida Journal of International Law*, vol. 15, n. 2, 2002, pp. 215-242.

Espaliú Berdu, Carlos, “Corte Penal Internacional”, en *Derecho Internacional Público*, Huygens, Barcelona, Segunda Edic. 2010, pp. 435-443.

Eustathiades, Constantin, “Les Sujets du Droit International et la Responsabilité Internationale – Nouvelles Tendances”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 84, 1953, pp. 605-614.

Fairlie, Megan A., "The United States and the International Criminal Court Post-Bush: A Beautiful Courtship but an Unlikely Marriage", en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, n. 2, 2011, pp. 528-576.

Fink, Andrés, "Yugoslavia después de Tito", en *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, n. 2, abril-junio, 1981, pp. 359-378.

Fleck, Dieter, "Shortcomings of the Grave Breaches Regime", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 833-854.

Franck, Thomas M., "Essays, in Honor of Oscar Schachter. Humanitarian and Other Interventions", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2005, pp. 321-336.

Feil, Scott R., "Preventing Genocide: How the Early Use of Force Might Have Succeeded in Rwanda", A Report to the Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, en *Carnegie Corporation of New York*, 1998, pp. 1-57.

Ferencz, Benjamin B., "Misguided Fears About the International Criminal Court", en *Pace International Law Review*, vol. 15, n. 1, 2003, pp. 223-246.

Filippini, Leonardo y Magarrell, Lisa, "Instituciones de la Justicia de Transición y el Contexto Político", en *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Angelika Rettberg (comp.) Uniandes (Universidad de los Andes), Colombia, Bogotá, D.C., 2005, pp. 143-168.

Foakes, Joanne, "Immunity for International Crimes? Developments in the Law on Prosecuting Heads of State in Foreign Courts", en *International Law Programme*, vol. 2, 2011, ver en http://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/bp1111_foakes.pdf, fecha de consulta 22 de agosto de 2013.

Forsythe, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts", en *AJIL*, vol. 72, n. 2, 1978, pp. 272-295.

Font, Enrique, "Confrontando los Crímenes del Estado, Poder, Resistencia y Luchas Alrededor de la Verdad: Las Madres de Plaza de Mayo", en *Derechos Humanos*, Héctor Gaspar (director), editorial Juris, Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la U.N.R., Argentina, 2001, pp. 103-170.

Frulli, Micaela, "The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments", en: *EJIL*, vol. 11, n. 4, 2000, pp. 857-869.

Gaeta, Paola, "War Crimes and Other International 'Core' Crimes", en *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds.), Oxford University Press, United Kingdom, 2014, pp. 737-765.

Galbraith, Jean, "The Bush Administration's Response to the International Criminal Court", en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, n. 3, 2003, pp. 683-702.

García Sánchez, Beatriz, “El Principio de Justicia en el Ordenamiento Interno e Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, extraordinario 2, 2004, pp. 243-277.

Goldman, Robert K. and Tittmore, Brian D., “Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law”, en *American Society of International Law*, Task Force Papers, Washington, DC., 2002, pp. 1-58.

Goldman, Robert Kogod, “International Humanitarian Law: Americas Watch's Experience in Monitoring Internal Armed Conflicts”, en *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 9, n. 1, 1993, pp. 49-94.

Goldman, Robert Kogod, “International Humanitarian Law and the Armed Conflicts in El Salvador and Nicaragua” en: *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, n. 2, 1987, pp. 539-578.

Gómez Isa, Felipe, “Justice, Truth and Reparation in the Colombian Peace Process”, en Norwegian Peacebuilding Resource Centre (NOREF), April 2013, pp. 1-8, véase en http://peacebuilding.no/var/ezflow_site/storage/original/application/5e7c839d7cf77846086b6065c72d13c5.pdf, fecha de consulta 10 de junio de 2014.

Grono, Nick and O'Brien, Adam, “Justice in Conflict” The ICC and Peace Processes”, March 2008, pp. 1-8 (15), ver en <http://www.crisisgroup.org/en/publication-type/commentary/grono-o-brien-justice-in-conflict-the-icc-and-peace-processes.aspx>, fecha de consulta 10 de septiembre de 2013

Gutiérrez Espada, Cesáreo, “La Corte de Roma (1998) como Institución Internacional”, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 22, 2004, pp. 59-98.

Guzmán, Diana Esther y otros, “Colombia”, en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 95- 125.

David, Eric, “Le Tribunal International Pénal Pour L'Ex – Yougoslavie”, en: *Revue Belge de Droit International*, vol. 25, n. 2, 1992, pp. 565-598.

De Shutter, Bart; Norton John, Moore and Dinstein, Yoram, “Interstate Armed Conflict and Wars National Liberation”, en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, 1981-1982.

Demleitner, Nora V., “Forced Prostitution: Naming an International Offense”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 18, n 1, 1994, 163-197.

Dehn, John C., “Why Article 5 Status Determinations are not ‘Required’ at Guantánamo”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 2, 2008, pp. 371-383.

Draper, GIAD, “Humanitarian Law And International Armed Conflict”, en *Journal of International & Comparative Law*, vol. 13, n. 1983, pp. 253-277.

Doménech Omedas, José Luis, “Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura”, en *Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas*, en Gabriel Pablo Valladares (comp.), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 133-164.

Eide, Absjorn; Rosas, Allan y Meron, Theodor, “Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards”, en *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 89, n. 1, 1995, pp 215-223.

Ellen O’Connell, Mary, “Humanitarian Assistance in Non International Armed Conflict: The Fourth Wave of Rights, Duties, And Remedies”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, Kluwer Academic Publishers Group, Netherlands 2002, pp. 183-219.

Farer, Tom, “Humanitarian Law and Armed Conflicts: Toward the Definition of "International Armed Conflict, en *Columbia Law Review*, vol. 71, n. 1, 1971, pp. 37-72.

Ferrer Lloret, Jaume, “La Aplicación de las Normas Internacionales sobre la Responsabilidad Penal del Individuo: Valoración de la Práctica Más Reciente”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 27, 1998, pp. 11-79.

Fernández Liesa, Carlos R., “La Guerra Civil Española y el Derecho Internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. LXI, n. I, 2009, pp. 75-97.

Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “El traslado forzoso de la población durante los conflictos armados”, en *Uso de la fuerza y la protección de los derechos humanos en un nuevo orden*, Consuelo Ramón Chornet (Ed.), Tirant lo Blach, Valencia, 2006, pp. 203-228.

Ferrajoli, Luigi, *Razones Jurídicas del Pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, editorial Trotta, 2004.

Fielding, Lois E., “Taking the next step in the development of new human rights: the emerging right of humanitarian assistance to restore democracy”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 5, 1994-1995.

Finucane, Brian, “Enforced Disappearance as a Crime under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 35, n. 1, 2010, pp. 171-197.

Finch, George A., “The United States and the Spanish War”, en *The American Journal of International Law*, vol. 31, n. 1, pp. 74-81.

Fisher, Siobhán K., “Occupation of the womb: forced Impregnation as genocide”, en *Duke Law Journal*, vol. 46, n. 1, 1996, pp. 91-133.

Fleck, Dieter, “Shortcomings of the Grave Breaches Regime”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 833-854.

Forsythe, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts", en *AJIL*, vol. 72, n. 2, 1978, pp. 272-295.

Fournet, Caroline, "The Actus Reus of Genocide", en *Elements of Genocide*, Paul Behrens and Ralph Henham (Edits), Routledge, New York, 2013, pp. 53-69.

Franck, Thomas M, "Essays in Honor of Oscar Schachter. Humanitarian and Other Interventions", en: *Columbia Journal of International Law*, vol. 43, 2005, pp. 321-336.

Fürstenberg, Michael D., "'Conflict Beyond Borders' – Conceptualizing Transnational Armed Conflict", *Technische Universität Braunschweig*, Germany, Paper prepared for presentation at the SGIR 7th Pan-European International Relations Conference, September 9-11, 2010, Stockholm, pp. 1-45.

Gaeta, Paola, "The Armed Conflict in Chechnya before the Russian Constitutional Court", en *EJIL*, vol. 7, n. 4, 1996, pp. 563-570.

Gadler, Alice, "The Protection of Peacekeepers and International Criminal Law: Legal Challenges and Broader Protection", en *German Law Journal*, vol. 11, n. 6, 2010, pp. 585-608.

Gail Gardam, Judith, "The Proportionality and Force in International Law", en *AJIL*, vol. 87, n. 3, 1993, pp. 391-413.

Galiana Saura, Ángeles, "Crisis de la Capacidad Regulatoria y Flexibilidad del Derecho", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 21, 2010, pp. 39-61.

Galvis Patiño, María Clara, "Informe comparativo", en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 1-33.

Garner, James W., "Question of International Law in the Spanish Civil War", en: *AJIL*, vol. 31, n- 1, pp. 66-73.

García San José, Daniel, "El Derecho a la Justicia de las Víctimas de los Crímenes Más Graves de Trascendencia para la Comunidad Internacional", en *REDI*, vol. LVIII, n. 1, 2006, pp. 119-145.

Garraway, Charles, "The Changing Character of the Participants in War: Civilianization of Warfighting and the Concept of 'Direct Participation in Hostilities'", en *International Law Studies*, vol. 87, 2011, pp. 177-186.

Gassmann, Pierre, "Colombia: Persuading Belligerents to Comply with International Norms", en: *Civilians in War*, Simon Chesterman (edit), Lynne Rienner Publishers, Inc., United States of America, 2001, 67-92.

Gasser, Hans-Peter, "Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones interiores: propuesta de un Código de Conducta", en *RICR*, n. 85, 1988, pp. 38-60.

Gasser, Hans Peter, "International Non International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon", en *American University Law Review*, vol. 33, n. 1, 1983, pp. 145-161.

Gasser, Hans Peter, "International Non International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon", en Miller, David M.; Bothe, Michael and Gasser, Hans Peter, "Non International Armed Conflicts", en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, 1982, pp. 897-935.

Gasser, Hans-Peter, "Acts of Terror, "Terrorism" and International Humanitarian Law", en *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n. 847, pp. 547-570.

Gattini, Andrea, "War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 224-242.

Gavron, Jessica, "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of International Criminal Court", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, n. 1, 2002, pp. 91-117.

Geltzer, Joshua Alexander, "The Strategy of Al Qaeda", en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University on Transnational and Non-State Armed Groups Legal and Policy, Challenges*, King's College London, London, United Kingdom, 2007, pp. 1-25.

Gil Gil, Alicia, "Breve Comparación de los Mecanismos de Superación del Pasado Adoptados en las Transiciones Brasileña y Española", en *Gobernabilidad y Democracia: Defensa y Transiciones de Brasil y España* (Sonia Alda y Héctor Saint-Pierre, coords.), Ril editores, Chile, 2012, pp. 77-107.

Gil Gil, Alicia, "Jurisdicción de los Tribunales Españoles sobre Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra", en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 87, 2006, pp. 55-88.

Gil Gil, Alicia, "La Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7, mayo 2005, pp. 1-18.

Gil Gil, Alicia, "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los elementos de los crímenes", en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos pos Roma*, Valencia, 2002, pp. 65-104.

Glennon, Michael J., "Colloquium on Topicality of the 1907 Hague Conference Peace Palace", Debate con Alain Pellet, en *Force and the Settlement of Political Disputes*, The Hague, September 7, 2007, pp. 1-13.

Godfrey, Martin, "Foreign Exchange Rate Policy: a Further Contribution to the Debate", en *Crisis and Recovery in Sub-Saharan Africa*, Tore Rose (edit.), OCDE, París, 1985.

Goldman, Robert Kogod, "Irregular Combatants and Prisoner of War Status", en *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, César Gaviria (coord.), vol. I, 1998, pp. 767-784.

Goldman, Robert Kogod. and Tittmore, Brian D., "Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law", en *The American Society of International Law*, Task Force Papers, Washington, DC., 2002, pp. 1-58.

Goldstone, Richard J., "Past Human Rights Violations: Truth Commissions and Amnesties or Persecutions, The MacDermott Lecture 1999", en *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, n. 2, 2000, pp. 164-173.

Gómez Benítez, José Manuel, "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español", en *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derechos Judicial*, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, n. 7, 2001, pp. 9-36.

Gómez Camacho, Juan José, "La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional", en *Revista Mexicana de Política Exterior*, n. 66, 2007, pp. 27-49.

Goodman, Ryan, "The Detention of Civilians in Armed Conflicts", en *AJIL*, vol. 103, n. 1, 2009, pp. 48-74.

Goodman, Ryan and Jinks, Derek, "The ICRC Interpretive Guidance on the Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n. 3, 2010, pp. 637-640.

Gorove, Stephen, "The Problem of "Mental Harm" in the Genocide Convention", en *Washington University Law Review*, vol. 1951, n. 2, 1951, pp. 174-187.

Gowlland Debbas, Vera, "The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie case", en *AJIL*, vol. 88, n. 4, 1994, pp. 643-677.

Gowlland Debbas, Vera. "Security Council Enforcement Action and Issues on State Responsibility", en *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol. 43, n. 1, 1994, pp. 55-98.

Gong-Gershowitz, Jennifer, "Forced Marriage: A "New" Crime against Humanity?", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 8, n. 1, 2009, pp. 53-76.

Gordon, Gregory S, "Complementarity and alternative Justice", en *Oregon Law Review*, vol. 88, n. 3, 2009, pp. 621-702.

Gradiztky, Thomas, "La responsabilidad internacional por la violación de Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de conflicto armado interno", en *RICR*, n. 145, marzo de 1998, pp. 31-61, ver versión electrónica en

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkb.htm>, fecha de consulta 24 de agosto de 2013.

Greenwood, Christopher, "International Humanitarian Law (Laws of War)", en *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports & Conclusions*, Frits Kalshoven (edt.), Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 2000, pp. 161-259.

Greenwood, Christopher, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, pp. 3-34.

Greenwood, Christopher, "Scope of Application of Humanitarian Law", en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Dieter Fleck (edit.), Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 1-55.

Greenwood, Christopher, "International Humanitarian Law and the Tadic Case", en *AJIL*, vol. 7, n. 2, 1996, pp. 265-283.

Green, Jennifer and others, "Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique", en *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, n. 2, 1994, pp. 171-221.

Greppi, Edoardo, "Evolución de la Responsabilidad Penal Individual Bajo el Derecho Internacional", en *RICR*, n. 835, 30/09/1999, pp. 531-554.

Guilliland Dalton, Jane, "What is War? Terrorism As War After 9/11", en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 12, n. 2005-2006, pp. 523-533.

Gutiérrez Espada, Cesáreo, "El Derecho Internacional Humanitario y los Conflictos Armados Internos. (Aprovechando el Asunto Tadic)", en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 68, julio-diciembre, 1996, pp. 13-36.

Gutiérrez Espada, Cesáreo, "Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La Discutida Posición del Consejo de Seguridad", en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 3-61.

Gurulé, Jimmy, "United States Opposition to the 1998 Rome Statute Establishing an International Criminal Court: Is the Court's Jurisdiction Truly Complementary to National Criminal Jurisdictions?", en *Cornell International Law Journal*, vol. 35, n. 1, 2001-2002, pp. 1-45.

Hae Bong, Shin, "Compensation for Victims of Wartime Atrocities: Recent Developments in Japan's Case Law", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 187-206.

Harbom, Lotta y Wallensteen, Peter, "Armed Conflict and Its International Dimensions, 1946-2004", en *Journal of Peace Research*, vol. 42, n. 5, 2005, pp. 623-635.

Harroff-Tavel, Marion, “La acción del CICR ante las situaciones de violencia interna”, en *RICR*, n. 117, 1993, pp. 199-225.

Hatzfeld, Jean., *Una temporada de machetes*, editorial Crónica Anagrama, Barcelona, 2004.

Hayner, Priscilla B., Fifteen Truth Commissions-1974 to 1994: A Comparative Study, en *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n. 4, 1994, pp. 597-655.

Hebel, Herman Von and Darryl, Robinson, “Crimes Within the Jurisdiction of the Court”, en *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute: Issues – Negotiations – Results*, Roy S. Lee (edt), Kluwer Law International, The Haye, The Neatherlands, 1999, pp. 79-126.

Healey, Sharon A. “Prosecuting Rape under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 1995, pp. 327-383.

Henckaerts, Jean-Marie, “The Grave Breaches Regime as Customary International Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 683-701.

Higgins, Noelle, “The Application of International Humanitarian Law to Wars of National Liberation”, en *Journal Humanitarian Assistance*, April, 2004.

Hilpod, Peter, Humanitarian Intervention: Is There a Need for Legal Reappraisal?, en *EJIL*, vol. 12, n. 3, 2001, pp. 437-467.

Hilpod, Peter, Humanitarian Intervention: Is There a Need for Legal Reappraisal?, en *EJIL*, vol. 12, n. 3, 2001, pp. 437-467.

Holvoet, Mathias & De Hert, Paul, “Positioning hybrid tribunals in International criminal justice”, en *Tilburg Law Review*, vol. 17, n. 2, 2012, pp. 228-240.

Hongj Koh, Harold, “The Obama Administration and International Law”, Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, March 25, 2010, ver en <http://www.state.gov/v/s/l/releases/remarks/139119.htm>

Hofmann, Rainer, “Use of the Force and the Responsibility to Protect”, en *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*, 2005, vid. en <http://www.fride.org/publications/2005>, fecha de consulta 21 de Julio de 2013.

Hopson, Rodney K., “Hither Education Transformation in Namibia: Road to Reform and Reconciliation or Rock of Sisyphus”, en *Apartheid No More: Case Studies of Southern African Universities in the Process of Transformation*, Reitumetse Obakeng Mabokela and Kinberly Lenaease King (edits.), Greenwood Publishing Group, United State of America, 2011, pp. 121-138.

Horovitz, Sigall, “Uganda: Interaction between International and National Responses to the Mass Atrocities”, en *Domac/18*, January 2013, pp. 1-57.

Huesa Vinaixa, Rosario, “El Tribunal Internacional para Juzgar los Crímenes Cometidos en la ex Yugoslavia y la Sanción Internacional de los Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* 1994, pp. 157-194.

Hwang, Phylilis, “Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 22, n. 2, 1998, 457-504.

Ipsen, Knut “Combatants and non Combatants”, en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (edit.), Oxford University Press, 1995, pp. 65-81.

Jaén Vallejo, Manuel, “Justicia Universal: Hacia una regulación más razonable de este principio”, en El Derecho, Grupo Francis Lefebvre, 14 de febrero de 2014, en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/justicia_universalcorte_penal_internacionalaplicacion_extraterritorial_de_la_justicia_penal-Jurisdiccion-universal-regulacionrazonable_principio_11_644680002.html, fecha de consulta 26 de febrero de 2015.

Jain, Neha, “Forced Marriage as a Crime against Humanity Problems of Definition and Prosecution”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 5, 2008, pp. 1013-1032.

Jenks, Wilfred, “The Conflict of Law-Making Treaties”, en: *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 401- 453.

Jiménez Martínez, Custodia, “La Desmovilización de los Paramilitares en Colombia”, en *Actas: IV Jornadas de Estudios de Seguridad*, Miguel Requena (edit.), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, Madrid, 22, 23 y 24 de mayo de 2012, pp. 65-85.

Jinks, Derek, “The Temporal Scope of Application of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts International”, en *Humanitarian Law Research Initiative*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2003, pp. 1-9.

Jon Heller, Kevin, “The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process”, en *Criminal Law Forum*, vol. n. 3-4, 17, 2006, pp. 255-280.

Jones, John R.W. D., y otros, “The Special Court for Sierra Leone: A Defence Perspective”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n 1, 2004, pp. 211-230.

Jowdy, Gregory, “Truth Commissions in El Salvador and Guatemala: A Proposal for Truth in Guatemala”, en *International Law and Human Rights Edition*, vol. 17, n. 2, 1997, pp. 285-330.

Junod, Sylvie, “Additional Protocol II: History and Scope”, en *American University Law Review*, vol. 33, n. 1, pp. 29-40.

Jurdi, Nidal Nabil. "The Subject-Matter Jurisdiction of the Special Tribunal for Lebanon", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 5, 2007, pp. 1125-1138.

Jyrkkio, Terhi, "Other Inhumane Acts as Crime against Humanity", en *Helsinki Law Review*, vol. 1, n. 2011, pp. 183-207.

McCormack, Tymothy L. H. , "Crimes against Humanity", en *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Dominick McGoldrick *et al.* (edits.), Hart Publishing, North America (US and Canada), Portland, Oregon, 2004, pp. 179-201.

McCormack, Tin, "A Guide to State Practice in the Field of International Humanitarian Law", en *Yearbook of International Humanitarian Law*, T.M.C. Asser Press, Springer, The Hague, vol. 13, 2010, pp. 449-562 (592-594).

Martin, Julie B., "The International Criminal Court: Defining Complementary and Divining Implications for the United States", en *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 4, n. 1, 2006, pp. 107-133.

Mundorff, Kurt, "Other Peoples`Children: A Textual and Contextual Interpretation of the Genocide Convention, Article 2 (e)", en *Harvard International Law Journal*, vol 50, n. 1, 2009.

Kabatsi, Freda, "Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide", en *International Criminal Law Review*, vol. 5, n. 3, 2005, pp. 387-399.

Kagan, Robert, "La Crisis de Legitimidad de Estados Unidos", en *Foreign Affairs en español, ITAM*, vol. 4, n. 2, 2004, pp. 66-84.

Kalshoven, Frits, "Civilian Immunity and the Principle of Distinction", en *American University Law Review*, vol. 31, n. 4, 1981-1982, pp. 855-882.

Kapil, Ravi L., "On the Conflict Potential of Inherited Boundaries in Africa, en *World Politics*, vol. 18, n. 4, 1966, pp. 656-673.

Kapinga Kapinga Nkashama, Symphorien, "The case of armed activities on the territory of Congo (DRC v. Uganda): The relief due to the Congolese State and the collateral victims of acts of war", en *Konrad Adenauer Stiftung / African Law Study Library*, vol. 11, 2012, pp. 1-18.

Karhilo, Jaana, "The Establishment of the International Tribunal for Rwanda", en *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, n. 4, 1995, pp. 683-713.

Kaye, David, "Khashiyev & Akayeva v. Russia. App. nos. 57942/00 & 57945/00; Isayeva, Yusupova & Bazayeva v. Russia. App. nos. 57947/00, 57948/00, & 57949/00; Isayeva v. Russia. App. No. 57950/00; European Court of Human Rights, February 24, 2005", en *AJIL*, vol. 99, n. 4, 2005, pp. 873-881.

Keith Hall, Christopher, “Primera Propuesta de Creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente”, en *RICR*, n. 145, marzo de 1998, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkq.htm>, fecha de consulta 05 de enero de 2015.

Kenneth Watkin, Colonel, “Canada/United States Military Interoperability and Humanitarian Law Issues: Land Mines, Terrorism, Military Objectives and Targeted Killing”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 15, n. 2, 2005, pp. 281-314.

Kemp, Susan, “The Inter-Relationship between the Guatemalan Commission for Historical Clarification and the Search for Justice in National Courts”, en *Criminal Law Forum*, vol. 15, n. 1-2, 2004, pp. 67-103.

Kiernan, Ben, “Cambodia and the United Nations - Legal Documents”, en *Critical Asian Studies*, vol. 34, n. 4, 2002, pp. 611-621.

Kiernan, Ben, “Introduction: Conflict in Cambodia, 1945-2002”, en *Critical Asian Studies*, vol. 34, no 4, 2002, pp. 483-495.

Kiwanuka, Richard N., “Humanitarian norms and internal strife: problems and prospects”, en *Implementation of International Humanitarian Law – Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, en Frits Kalshoven and/et Yves Sandoz (edits) / Houn T. Huynh, Peter Macalister-Smith and/et Bruno Zimmermann (co-edits/co-édts), Martinus Nijhoff Publisher, Netherlands, 1989, Research Papers, vol. 1, pp. 229-262.

Kirk Mcdonal, Gabrielle, “The International Criminal Tribunals: Crime & Punishment in the International Arena”, en *Nova Law Review*, vol. 25, 2000, pp. 463-484.

Klein, Katheryn M, “Bringing the Khmer Rouge to Justice: The Challenges and Risks Facing the Joint Tribunal in Cambodia”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 4, n. 3, 2006, pp. 549-566.

Kisangani Ndikumana, Léonce and Emizet, Kisangani, “The Economics of Civil War: The Case of the Democratic Republic of Congo”, en *Political Economy Research Institute / Working Paper Series*, n. 63, 2003, 1-46.

Knoops, Geert Jan, “Prosecuting the Gaddafi: swift or political justice?”, en *Amsterdam Law Forum*, vol. 4, n. 1, 2012, pp. 78-92.

Koenig, Dorean Marguerite, “Women and Rape in Ethnic Conflict and War”, en *Hastings Women's Law Journal*, vol. 5, n. 2, 1994, pp. 129-141.

Koji, Teraya, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, en: *EJIL*, vol. 12, n. 5, pp. 917-94.

Koller, David S., “Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As it Pertains to the Security Council And the International Criminal Court”, en *American University International Law Review*, vol. 20, n. 1, 2004, pp. 7-42.

Korir Sing'Oei, Abraham, "The ICC as Arbiter in Kenya's Postelectoral Violence", en *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, n. 1, 2010, pp. 5-20.

Krammer, Arnold, *Prisoners of War: A Reference Handbook*, Greenwood Publisher Group, The United States of America, 2008.

Kretzmer, David, "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?", en *EJIL*, vol. n. 2, 2005, pp. 171-212.

Kuperman, Alan J. "El genocidio de Ruanda, una reconsideración", en *Política Exterior*, editorial Estudios de Política Exterior, S.A., Madrid, n. 74, marzo-abril 2000, p. 133.

Lacina, Bethany, "Explaining the Severity of Civil Wars", en *Journal of Conflict Resolution*, vol. 50, n. 2, 2006, pp. 276-289.

La Haye, Eve, "The Elaboration of Elements for War Crimes", en *Assays on the Rome Statute of International Criminal Court*, volume II, Flavia Lattanzi y William A. Schabas (eds.), il Sirente, Italia, 2003, pp. 305-331.

Laplanche, Lisa, "Después de la Verdad: Demandas para Reparaciones en el Perú Postcomisión de la Verdad y Reconciliación", en *Antipoda*, n. 4, 2007, pp. 119-145.

Laquieze, Alain, "Le debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité", en *Droits. Revue Française de Théorie de Philosophie et de Culture Juridique*, París, n. 31, 2000, pp. 19-40.

Leanos, Brendam, "Cooperative Justice: Understanding The Future Of The International Criminal Court Through Its Involvement In Libya", en *Fordham Law Review*, vol. 80, n. 5, 2012, pp. 2267-2304.

Leitenberg, Milton, "Deaths in Wars and Conflicts in 20th Century", en Cornell University, Peace Studies Program, Occasional Paper n. 29, 2006, pp. 1-83.

Lemkin, Raphael, "Genocide as a Crime under International Law", en *AJIL*, vol. 4, n. 1, 1947, pp. 145-151.

Levie, Howard S., "Maltreatment of Prisoners of War in Vietnam", en *Boston University Law Review*, vol. 48, n. 3, 1968, pp. 323-359.

Levrat, Bertrand, "El Derecho Internacional Humanitario en Timor Oriental", en *RICR*, n. 841, 2001, pp. 77-700.

Leigh, Monroe, "The United States and the Statute of Rome", en *AJIL*, vol. 95, n. 1, 2001, pp. 124-131.

Leonardo Segura, Mónica, "Guatemala", en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 157-190.

Lootsteen, Yair M., "The Concept of Belligerency in International Law", en *Military Law Review*, vol. 166, 2000, pp. 109-141.

Lillich, Richard B., "The París Minimun Standards of Human Rights Norms in a State of Emegercy", en *AJIL*, vol. 79, n. 4, 1985, pp. 1072-1081.

Lippman, Matthew, "Genocide: the Crime of the Century. The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium", en *Houston Journal of International Law*, vol. 23, n. 3, 2001, pp. 467-535.

Lippman, Matthew, "The Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later", en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, n. 2, 1998, pp. 415-514.

Lippman, Matthew, "Crimes against Humanity", en: *Boston College Third World Law Journal*, vol. 17, n. 2, 1997, pp. 171-278.

Liñán Lafuente, Alfredo, "La Construcción del Crimen de Persecución en la Jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª, Época, n. 1, 2009, pp. 103-145 (104).

Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", en *Yale Journal of International Law*, vol. 29, n. 1, 2004, pp. 85-167.

Lujala, Päivi y otros, "A Diamond Curse?: Civil War and a Lootable Resource", en *Journal of Conflict Resolution*, vol. 49, 2005, pp. 538-562.

Lutz, Ellen L. and Sikkink, Kathryn, "International Human Rights Law and Practice in Latin America", en *International Organization*, vol. 4, n. 3, 2000, pp. 633-659.

Lysaght, Charles, "The Scope of Protocol II and its Relation to Common article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and Other Human Rights Instruments", en *American University Law Review*, vol. 33, n. 1, pp. 9-27.

Lyall, Rewi, "Voluntary Human Shields, Direct Participation in Hostilities and the International Humanitarian Law Obligations of States Voluntary Human Shields", en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 9, n. 2, 2008, pp. 313-333.

Majzub, Diba, "Peace or justice? Amnesties and the International Criminal Court", en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, n. 2, 2002, pp. 247-279.

Mallison, Thomas V. and Mallison, Sally V., "The Juridical Status of Privileged Combatants Under the Geneva Protocol of 1977 Concerning International Conflicts", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 42, n. 2, 1978, pp. 4-35.

Machteld, Boot y otros, "Article 7", en "Article 7: Crimes against Humanity", *Commentary on the Statute of the International Criminal Court: Observers Notes, Article by Article*, Otto Triffterer (edt.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008, pp. 159-273.

Mangas Martín, Araceli, “La autorización del uso de la fuerza armada en Libia”, en *Real Instituto Elcano (ARI)*, 57/2011, 21 de marzo de 2011.

Martínez Ventura, Jaime, “El Salvador”, en *Justicia de Transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds), Fundación Konrad Adenauer Stiftung. V., Mastergraf srl, Montevideo, Uruguay, 2009, pp. 301-324.

Martorel, Manuel, “Kurdistán. Entre la Limpieza Étnica y el Genocidio”, en *Revista Historia y Política*, n. 10, 2003, pp. 111-140.

Magnarella, Paul, J., “Expanding the Frontiers of Humanitarian Law: The International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *Florida Journal of International Law*, vol. 9, 1994, pp. 421-441.

Manikkalingam, Ram and Policzer, Pablo, “Transnational and Non-State Armed Groups Project: Al Qaeda, Armed Groups, and the Paradox of Engagement”, en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University and Radcliffe Institute for Advanced Study*, 2007, pp. 1-27 (6), ver en http://www.academia.edu/167848/Al_Qaeda_Armed_Groups_and_the_Paradox_of_Engagement

Martínez – Cardós Ruiz, José Alejandro, “El Concepto de Crímenes de Lesa Humanidad”, en *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 75, 2000, pp. 218-227.

McDonald, Gabrielle Kirck, “The Eleventh Annual Waldemar A. Solf Lecture: The Changing Nature of the Laws War”, en *Military Law Review*, vol. 156, 1998, pp. 30-51.

McDonal, Avril, “Sierra Leone’s Shoestring Special Court”, en *RICR/IRRC*, vol. 84, n. 845, 2002, pp. 121-143.

Mccargo, Duncan, “Politics by other means? The virtual trials of the Khmer Rouge tribunal”, en *International Affairs*, vol. 87, n. 3, 2011, pp. 613-627.

Meisenberg, Simon M., “Legality of amnesties in international humanitarian law The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone”, en *RICR/IRRC*, vol. 86, n. 856, 2004, pp. 838-85.

Melzer, Nils, “Keeping the balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vo. 42, n. 3, 2010, pp. 831-916.

Melzer, Nils, “Direct Participation in Hostilities: Operationalizing the International Committee of the Red Cross’ Guidance”, en *Proceedings of the Annual Meeting- American Society of International Law*, vol. 103, 2009, pp. 299-310.

Melvorn, Linda, “The Security Council: the behind the scenes”, en *International Affairs*, vol. 77, n. 1, 2001, pp. 101-111.

Mendez, Parinaz Kermani, "The New Wave of Hybrid Tribunals: A Sophisticated Approach to Enforcing International Humanitarian Law or an Idealistic Solution with Empty Promises?", en *Criminal Law Forum*, vol. 20, n. 1, 2009, pp. 53-95.

Méndez Juan E., "Reconciliación Nacional, Justicia Transnacional y el Tribunal Penal Internacional", en *Anuario da Facultade de Dereito*, n. 6, 2002, pp. 473-489

Mendoza Calderón, Silvia, "La Aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España Bajo el Principio de Justicia Universal y los Conflictos Derivados del Principio de Legalidad: El Caso Scilingo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, pp. 431-507.

Mendoza Calderón, Silvia, "La Reciente Aplicación de los Crímenes de Lesa Humanidad en España: El Caso Scilingo", en *Revista de Estudios de Justicia*, n. 6, 2005, pp. 85-113.

Meron, Theodor, "The Humanization of Humanitarian Law", en: *AJIL*, vol. 94, n. 2, 2000, pp. 239-278.

Meron, Theodor, "Combating lawlessness in gray zone conflicts through minimum humanitarian standards", en *AJIL*, vol. 89, n. 1, 1995, pp. 215-223.

Meron, Theodor, "The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia", en *Foreign Affairs*, vol. 72, n. 3, 1993, pp. 122-135.

Meron, Theodor, "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", en *AJIL*, vol. 88, n. 1, 1994, pp. 78-87.

Meron, Theodor, "Classification of the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaraguas's Fallout", en *AJIL*, vol. 92, n. 2, 1998, pp. 236-242.

Meron, Theodor, "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", en *AJIL*, vol. 94, n. 1, 2000, pp. 78-89.

Meron, Theodor, "The Geneva Conventions as Customary Law", en *AJIL*, vol. 81, n. 2, 1987, pp. 348-370.

Meron, Theodor, "International Criminalization of Internal Atrocities", en *AJIL*, vol. 89, n. 3, 1995, pp. 554-577.

Meron, Theodor, "Rape as a Crime under International Humanitarian Law", en *AJIL*, vol. 87, n. 3, 1993, pp. 424-428.

Mettraux, Guénaél, "The Internationalization of Domestic Jurisdictions by International Tribunals: The Special Tribunal for Lebanon Renders Its First Decisions", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 5, 2009, pp. 911-926.

Mettraux, Guénaél, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda", en *Harvard International Law Journal*, vol. 43, n. 1, 2002, pp. 237-316.

Mettraux, Guénaël, “The Definition of Crimes against Humanity and the Question of a ‘Policy’ Element”, en *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Leila Nadya Sadat (edit.), Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 142-176

Mettraux, Guénaël, “Dutch Courts’ Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3 *qua* War Crimes”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n. 2, 2006, pp. 362-371.

Meyer, Eric M., “International Law: The Compatibility of the Rome Statute of the International Criminal Court with the U.S. Bilateral Immunity Agreements Included in the American Servicemembers’ Protection Act”, en *Oklahoma Law Review*, vol. 58, n. 1, 2005, pp. 97-133.

Mgrett, Frederic, “In Defense of Hybridity: Towards a Representational Theory of International Criminal Justice”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 38, n. 3, 2005, pp. 725-751.

Miaja de la Muela, Adolfo, “El Genocidio, Delito Internacional”, en *REDI*, vol. IV, n. 2, 1951 pp. 363-408.

Michellini, Felipe, “El Largo Camino de la Verdad”, en *IIDH*, vol. 24, 1996, pp. 158-172.

Mirko, Sossai, “The Internal Conflict in Colombia and the Fight against Terrorism: UN Security Council Resolution 1465 (2003) and Further Developments”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 253-267.

Milanovic, Marco, “Lecciones para los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario en el Guerra contra el Terror: Comparación del Asunto Hamdan con el Caso Israelí de los Homicidios Selectivos”, en *IRRC*, vol. 89, n. 866, 2007, pp. 373-393.

Millar, Gearoid, “Between Western theory and local practice: Cultural impediments to truth-telling in Sierra Leone”, en *Conflict Resolution Quaterley*, vol. 29, n. 2, 2011, pp. 177-199.

Moir, Lindsay, “Grave Breaches and Internal Armed Conflicts”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 763-787.

Moir, Lindsay, “Conduct of Hostilities – War Crimes”, en *The Legal Regime of the International Criminal Court, Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, José Doria, Hans-Peter Gasser and M. Cherif Bassiouni (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2009, pp. 485-536 (534).

Moir, Linsay, “Non-International Armed Conflict and Guerrilla Warfare”, en: *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, en M. Cherif Bassiouni (edit), Martinus Nijhoff Publishers, Third Edition, Neatherland, vol. I, 2008, pp. 323-354.

Montero Linares, Pedro, “Derechos de las Víctimas en el Tránsito Hacia la Normalización Judicial (la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición)”, en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (coords.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria / Universidad Carlos III de Madrid, Colección Electrónica, n. 2, año 2013, Madrid, España, pp. 151-160.

Momtaz, Yamchid, “Normas Humanitarias Mínimas Aplicables en Período de Disturbios y Tensiones Interiores”, en *RICR*, n. 147, 1998, pp. 493-501.

Morris, Michael F., “Al Qaeda as Insurgency”, en *Joint Force Quarterly*, n. 39, 2005, pp. 41-50.

Mrázek, Josef, “Armed Conflicts and the Use of Force”, en: *Czech Yearbook of International Law*, vol. 1, 2010, pp. 87-109.

Mubiala, Mutoy, “Le Tribunal International pour le Rwanda”, en *Revue Générale de Droit International Public*, (RGDIP), vol. 99, n. 4, 1995, pp. 940 y ss.

Mundis, Daryl A., “New Mechanisms for the Enforcement of International Humanitarian Law”, en *AJIL*, vol. 95, n. 4, 2001, pp. 934-952.

Muller, Susanne D., “Dying to win: Elections, political violence, and institutional decay in Kenya”, en *Journal of Contemporary African Studies*, vol. 29, n. 1, 2011, pp. 99-117.

Murphy, John F., “Is US Adherence to the Rules of Law in International Affairs Feasible?”, en *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Michael N. Schmitt and Jelena, Pejic (eds.), Essays in Honour of Yoram Dinstein, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 197-227.

Murphy, Ray, “United Nations Military Operation and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?”, en *Criminal Law Forum*, vol. 14, n. 2, 2003, pp. 153-194.

Murphy, Sean D., “Terrorist Attacks on World Trade Center and Pentagon Source”, en *AJIL*, vol. 96, n. 1, 2002, pp. 237-255.

Nabulsi, Karma, “Evolving Conceptions of Civilians and Belligerents: One Hundred Years After the Hague Peace Conferences”, en *Civilians in War*, Simon Chesterman (edit), A Project of the International Peace Academy, The United States of America, 2001, pp. 9-24.

Naqvi, Yasmin, “Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition”, en *IRRC*, vol. 85, n. 851, 2003, pp. 583-626.

Navarro Batista, Nicolás, “La Práctica Comunitaria sobre Reconocimiento de Estados: Nuevas Tendencias”, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, n. 2, 1995, pp. 475-510.

Nassar Guier, Edgar, “El Fundamento Jurídico y la Competencia del Tribunal Internacional Encargado de Juzgar las Infracciones al Derecho Humanitario Cometidas en la Antigua Yugoslavia”, en *IIDH*, vol. 21, 1995, pp. 67-91.

Ndifon, C. Osim, "Amnesty and the *Obligatio Erga Omnes* to Repress Humanitarian Law Violations: Lessons from the Sierra Leone Conflict", en *European Scientific Journal*, vol. 8, n. 14, 2012, 12-32.

Nerssesian, David L., "The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence, from the International Criminal Tribunals", en *Texas International Law Journal*, vol. 37, n. 2, 2002, pp. 231-276.

Nilsson, Jonas, "The Vockovic Trial in Kosovo – Deportation and Forcible Transfer under the Definition of Genocide", en *Nordic Journal of International Law*, vol. 71, n. 4, 2002, pp. 545-555.

Nocholas, Kendall J., "Israeli Counter-Terrorism: "Targeted Killings" Under International Law", *North Caroline Law Review*, vol. 80, n. 3, 2002, 1069-1088

Norris, Robert E., "Leyes de Impunidad y Derechos Humanos en las Américas: Una Respuesta Legal", en *IIDH*, vol. 15, 1992, pp. 47-121.

Nouwen, Sarah M.H., "Hybrid courts" The hybrid category of a new type of international crimes courts", en *Utrecht Law Review*, vol. 2. n. 2, 2006, pp. 190-214.

Nouwen, Sarah M. H., and G. Werner, Wouter, "Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan", en *EJIL*, vol. 21, n. 4, pp. 941-965.

O'Brien, James C., "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 87, n. 4, 1993, pp. 639-659.

Obel Hansen, Thomas, "Transitional Justice in Kenya: An Assessment Of The Accountability Process In Light Of Domestic Politics And Security Concerns", en *California Western International Law Journal*, vol. 42, n. 1, 2011, pp. 1-21.

Obel Hansen, Thomas, "The Policy Requirement in Crimes against Humanity: Lessons From and for the Case of Kenya", en *George Washington International Law Review*, vol. 43, n. 1, 2011, pp. 1-41.

Odio Benito, Elizabeth, «El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia – Justicia para la Paz», en *IIDH*, vol. 24, 1996, pp. 133-155.

Ojinaga Ruiz, M^a. del Rosario, "Tratamiento Jurídico Internacional de la Agresión contra Mujeres Civiles en Período de Conflicto Armado", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria, escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2003, pp. 1021-1050.

Ojinaga Ruiz, María del Rosario, "Niños soldados: comentarios al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados", *Revista Española de Derecho Militar*, n. 80, julio-diciembre, 2002, pp. 41-103.

O'Keefe, Roger, "The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 811-831.

O'Keefe, Roger, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 3, 2004, pp. 735-760.

Olásolo Alonso, Héctor, "El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 24, 2012, pp. 1-48.

Olugbuo, Benson, "Positive complementary and the fight against impunity in Africa", en *Prosecuting International Crimes in Africa*, Chacha Murungu & Japhet Biegon (editors), Pretoria University Law Press, South Africa, 2011, p. 260.

O'Connell, Mary Ellen, "Defining Armed Conflict", en *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 13, n. 3, 2009, pp. 393-400

Oeter, Stefan, "Comment: Is the Principle of Distinction Outdated? en *International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Wolff Heintschel von Heinegg and Volker Epping (edits.), Springer, New York, 2007, pp. 53-62.

Ould Mohamedou, Mohammad - Mahmoud, "Non - Linearity of Engagement: Transnational Armed Groups, International Law, and the Conflict between Al Qaeda and the United States", en *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University*, July 2005, pp. 1-37, ver en http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Non-Linearity_of_Engagement.pdf.

Oosterveld, Valerie, Lessons from the Special Court for Sierra Leone on the Prosecution of Gender-Based Crimes, en *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 17, n. 2, 2009, pp. 407-428.

Oosterveld, Valerie, "The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments", en *Cornell International Law Journal*, vol. 44, n. 1, 2011, pp. 49-74.

Oosthuizen, Gabriel H, "Some Preliminary Remarks on the Relationship between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council", en *Netherlands International Law Review*, vol. 46, n. 3, 1999, pp. 313-342.

Oola, Stephen, "The Coalition for Reconciliation in Uganda: Important Lessons for Proactive Civil Society Engagement in Catalysing Transitional Justice Discourse", documento presentado en la Conferencia titulada: African Transitional Justice Research Network Workshop "Advocating Justice: Civil Society and Transitional Justice in Africa" 30-31 August 2010, Johannesburg, South Africa, pp. 1-12 (1), ver en http://www.transitionaljustice.org.za/docs/2010workshop/4_Oola.pdf, consultado el 8 de octubre de 2013

Orakhelashvili, Alexander, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?", en *EJIL*, vol. 19, n. 1, 2008, pp. 161-182.

O'Rourke, Vernon A, "Recognition of Belligerency and the Spanish War", en: *AJIL*, vol. 31, n- 3, 1937, pp. 398-413.

Orihuela Calatayud, Esperanza, "Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad", en *Derechos Humanos: Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Consuelo Ramón Chronet (ed.), Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, Valencia, 2005, pp. 153-198.

Orihuela Calatayud, Esperanza, "La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando los Vacíos de la Jurisdicción Territorial", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 159-238.

Orihuela Calatayud, Esperanza, "La Cooperación Internacional contra la Impunidad. Llenando los Vacíos de la Jurisdicción Territorial", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Vitoria, 2000, pp. 159-238.

Orihuela Calatayud, Esperanza, "Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las Jurisdicciones Nacionales", en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, en: Francisco Javier Quel López (Ed.), Colección Escuela Diplomática, n. 4, Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2000, pp. 237-264.

Oswald, Bruce "Ossie", "The Harmonization Project: Improving Compliance with the Law of War in Non-International Armed Conflicts", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, n. 1, 2014, pp. 105-113.

Ozaki, Hanayo, "Amnesty Act V.S. ICC: Are Traditional Mechanisms Alternatives to Reconciliation", en *European University Center for Peace Studies*, June 2006, pp. 1-51, ver en: <http://epu.ac.at/fileadmin/downloads/research/Ozaki.pdf>, fecha de consulta 11 de septiembre de 2013.

Padelford, Norman J., "International Law and the Spanish Civil War, en: *AJIL*, vol. 31, n. 2, 1937, pp. 226-243.

Parayre, Sonia, "La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos*, n. 29, 1999, pp. 25-68.

Pat Gibbons, Dublin, "Humanitarian Transformation: Concepts, Causes and Challenges", en: *Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht: Humanitarian Action Facing the New Challenges*, en Markus Moke, Andrej Zwitter y Christoph Schewe (eds.), BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, pp. 11-26.

Paulus, Andreas and Vashakmadze, Mindia, “Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict – A Tentative Conceptualization”, en *IRRC*, vol. 91, n. 873, 2009, pp. 95-725.

Paust, Jordan J., “War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 28, n. 2, 2003, pp. 325- 336.

Pedrazzi, Marco, “Using Human Shields As a War Crime”, en *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Fausto Pocar, Marco Pedrazzi y Micaela Frulli (edits.), Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom, 2013, pp. 98-116.

Pejic, Jelena, “The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye”, en *ICRC*, vol. 93, n. 881, 2011, pp. 1-37.

Pejic, Jelena, “Procedural Principles and Safeguards for Internment Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”, en *IRRC*, vol. 87, n. 858, 2005, pp. 375-391.

Peranza Martell, Vivian, “Las Naciones Unidas y el Conflicto Somalí”, en *Revista de África y Medio Oriente*, n. 22, pp. 67-82.

Perisic, Petra, “Legal Permissibility of Unilateral Humanitarian Interventions”, en *Acta Universitatis Danubius*, vol. 9, n. 1, 2013, pp. 38-49.

Pérez Cepeda, Ana Isabel, “Crímenes de Guerra. Especial referencia al caso Couso”, en *Revista Penal*, n. 15, 2005, pp. 105-136.

Pérez González, Manuel, “Una Misión Posible: Mejorar el Sistema de Eficacia del Derecho Internacional Humanitario”, en *España y la Práctica del Derecho Internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, José Martín y Pérez de Nanclares (dir.), Colección Escuela Diplomática, España, 2014, pp. 383-418.

Pérez González, Manuel, “Tipos de Conflictos y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, con Especial Referencia a los Conflictos Armados Internacionales”, en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, en Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (coords.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria / Universidad Carlos III de Madrid, Colección Electrónica, n. 2, año 2013, Madrid, España, pp. 61-85.

Pérez González, Manuel, “Principios y “leyes” de humanidad en situaciones de conflicto. Valor de la cláusula Martens a la luz del Derecho Internacional Humanitario”, en *La Protección de la Dignidad de la Persona y el Principio de Humanidad en el Siglo XXI*, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Joaquín López Sánchez, Cruz Roja Española / Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 115-137.

Pérez González, Manuel, “La Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Conflicto: El Parámetro del Derecho Internacional Humanitario”, en *Foro, Nueva época*, n. 4/2006, pp. 13-35.

Pérez González, Manuel, “La Legítima Defensa Puesta en su Sitio: Observaciones Críticas sobre la Doctrina Bush de la Acción Preventiva”, en *REDI*, vol. LV, n. 1, 2003, pp. 187-204 (192).

Pérez González, Manuel y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, en *REDI*, vol. LIV, n. 1, 2002, pp. 1-37 (27).

Pérez González, Manuel, “El Derecho Internacional Humanitario en busca de su eficacia”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 77, enero-junio, 2001, pp. 331-355.

Perez-Prat Durban, Luis, “Un Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia”, en *Derechos y Libertades Fundamentales: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, 1993-1994, pp. 519-540.

Peter Kaul, Hans, “La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia”, en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos y Óscar Julian Guerrero (comps.), Universidad Externado de Colombia, 1999, pp 211-231.

Pellet, Alain, “No, This is not War! The Attack on the World Trade Center: Legal Responses” en *EJIL*, Discussion Forum. Vid. en http://www.ejil.org/forum_WTC, fecha de consulta 10 de noviembre de 2013.

Pellet, Alain, “Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, en *EJIL*, vol. 3, n. 1, 1992, pp. 178-185.

Pellet, Alain, “Can a State Commit a Crime? Definitely, yes”, en *EJIL*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 425-434.

Pellet, Alain, “ Le Tribunal Criminal International pour l'ex Yugoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, en *Revue Générale de Droit International Public (RGIP)*, vol. 98, n. 1, 1994, pp. 7-60.

Perrin, Benjamin, “Private Security Companies and Humanitarian Organizations: Implications for International Humanitarian Law”, in: *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, in: Benjamin Perrin (edit.), The University of British Columbia, UBC Press, Canada, 2012, pp. 123-156.

Pham, Phuong; Vinck, Patrick and Stover, Eric, “Abducted: The Lord’s Resistance Army and Forced Conscription in Northern Uganda”, University of California, Berkeley and Payson Center for International Development, Tulane University, June 2007, pp. 1-46, ver en: <http://hhi.harvard.edu/sites/default/files/publications/publications%20-%20evaluation%20-%20abducted.pdf>, fecha de consulta 05 de febrero de 2015.

Phillip Apuuli, Kasaija, “The ICC’s Possible Deferral of the LRA Case to Uganda”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, n. 4, 2008, pp. 801-813.

Phillips, James, “When the Governments Fail: Reparation, Solidarity, and Community in Nicaragua”, en *Waging War, Making Peace: Reparations and Human Rights*, Barbara Rose Johnstone & Susan Slyomovics (eds.), Left Coast Press, Inc. California, The United States of America, 2009, pp. 57-74.

Pignatelli y Meca, Fernando, “El Sistema de Eficacia del Derecho Internacional Humanitario, en Especial la Protección Penal de las Víctimas en los Conflictos Armados Internos”, en *Doce Miradas del Conflicto Colombiano*, en Cástor Díaz Barrado, Carlos R. Fernández Liesa y José Luis Rodríguez-Villasante (coords.), Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria / Universidad Carlos III de Madrid, Colección Electrónica, n. 2, año 2013, Madrid, España, pp. 177-220.

Pigrau Solé, Antoni “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n. 11, 1994, pp. 211-252.

Pigrau Solé, Antonio, “El nacimiento de la Corte Penal Internacional”, en Fundació Carles Pi i Sunyer, editado por Fundació Carles Pi i Sunyer Estudis, Barcelona, noviembre de 2002, pp. 5-33, véase en http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/corte_penal_internacional.pdf

Piris, Alberto, “Apuntes sobre la Guerra “Asimétrica”, en *Paz y Conflicto en el Siglo XXI: Tendencias Globales*, M. Mesa (coord.), Anuario 2007-2008, n. 2, Ceipaz Barcelona, Icaria, 2007, pp. 135-140.

Pisillo Mazzeschi, Riccardo, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, en *Journal of International criminal Justice*, vol. 1, n. 2, 2003, pp. 339-347.

Pictet, Jean, “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas sin carácter internacional”, en *RICR*, 11 de noviembre de 1998, en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>.

Pictet, Jean (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949 Commentary, I Geneva Convention*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1952, p. 32, ver en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf

Pizarro, Eduardo, “Responsabilidades: Colombia y la Comunidad Internacional: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación”, en *Las Víctimas Frente a la Búsqueda de la Verdad y Reparación en Colombia*, Guillermo Hoyos Vásquez (edit.), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 231-244.

Plattner, Denise, “The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-International Armed Conflicts”, en *IRRC*, vol. 30, n. 278, 1990, pp. 409-420.

Pocar, Fausto, “Persecution as a Crime under International Criminal Law”, en *Journal of National Security Law & Policy*, vol. 2, n. 2008, pp. 355-365.

Pons Rafols, Xavier, "Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad en la Comisión de Derechos Humanos", en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, España, 2005, pp. 1095-1118.

Pokin, Margaret, "The Salvadoran Truth Commission and the Search for Justice", en *Criminal law Forum*, vol. 15, n. 1, 2004, pp. 1-20.

Porrata-Dora Jr., Rafael A., "The Geneva Conventions and their Applicability to the War on Terror", en *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 14, 2004-2005, pp. 599-608.

Quezada Alcalá, Carmen, "Algunas Consideraciones sobre el Establecimiento de Constitución de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*", en *Homenaje a Luis Arrojo Ajuria: escritos jurídicos*, Civitas (2003), pp. 1099- 1115.

Quezada Alcalá, Carmen, "Los Países Árabes ante la Justicia Penal. El Caso de Gadafi o la Impunidad Previsible", en *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n. 3, pp. 196-222.

Quel López, Javier, "La Competencia Material de los Tribunales Penales Internacionales: consideraciones sobre los crímenes tipificados", en *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 75-104.

Raub, Lindsey, "Positioning hybrid tribunals in International criminal justice", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, n. 4, 2008, pp. 1013-1054.

Ragavan, Srividhya and Mireles, Michael S., Jr. "Status of Detainees from the Iraq and Afghanistan Conflicts", en *Utah Law Review*, n. 2, 2005, p. 619-675.

Ralph, Jason, "Republic, empire or good international citizen? International law and American identity", en *United States Foreign Policy and National Identity in the Twenty-First Century*, Christie Kennet (edit.), Routledge, New York, 2008, pp. 85-100.

Randall, Kenneth C., "Universal Jurisdiction under International Law", en *Texas Law Review*, vol. 66, n. 4, 1988, pp. 785-841.

Rassam, A. Yasmine, "International Law and Contemporary Forms of Slavery: An Economic and Social Rights-Based Approach", en *Penn State Internatinal Law Review*, vol. 23, n. 4, 2005, pp. 809-855.

Rassam, A. Yasmine, "Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law", en *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, n. 2, 1999, pp. 303-352.

Reisman, Michael and Silk, James, "Which Law Applies to the Afghan Conflict?", en *AJIL*, vol. 82, n. 3, 1988, pp. 459-486.

Remiro Brotóns, Antonio, "Kosovo, Realismo y Legitimidad", en *Política Exterior*, vol. 22, n. 122, 2008, pp. 57-63.

Remiro Brotóns, Antonio, "La Persecución de los Crímenes Internacionales por los Tribunales Estatales: El Principio de Universalidad", en *Curso de Derecho Internacional XXXIII*, Comité Jurídico Interamericano, Rio de Janeiro, Brasil, 2006, pp. 491-516.

Remiro Brotóns, Antonio, "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", en *Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Consuelo Ramón Chornet (edit.), Cruz Roja Española (Oficina Provincial de Valencia) y Cinc Segles, Universitat de València, Valencia, 2001, pp. 105-124.

Remiro Brotóns, Antonio, "El Nuevo Orden Internacional: El Caso de Kosovo", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 1, 2000.

Remiro Brotóns, Antonio, "De la asistencia a la Agresión Humanitaria", en *Política Exterior*, vol. 13, n. 69, 1999, pp. 17-22.

Remiro Brotóns, Antonio, "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", en: *Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario: V Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, en Consuelo Ramón Chornet (edit.), Cruz Roja Española (Oficina Provincial de Valencia) y Cinc Segles, Universitat de València, Valencia, 2001, pp. 105-124.

Remiro Brotóns, Antonio, "La diversificación material del Derecho Internacional y su expansión, preguntándose sobre el temor que ha surgido acerca de la pérdida de la unidad del sistema y el riesgo de fragmentación del Derecho Internacional", en *Revista Puente @ Europa*, año V, 2, 2007.

Remiro Brotóns, Antonio, "Crimen de Agresión, Crimen sin Castigo", en: *Política Exterior*, n. 108, noviembre-diciembre, 2005, pp. 135-157.

Remiro Brotóns, Antonio, "El Orden Internacional Tras los Atentados del 11 de Septiembre de 2001, Mantenimiento de la Paz y Nuevo Orden", en *REDI*, vol. LIII, n. 1, 2001, pp. 125-177.

Reindorp, Nicola, "Trends and challenges in the UN humanitarian system", en *The new humanitarianisms: a review of trends in global humanitarian action*, Joanna Macrae (edit), HPG Report, Overseas Development Institute, London, 11, April 2002, pp. 29-38.

Reyes Milk, Michelle E., "El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional", en *Agenda Internacional*, año XV, n. 26, 2008, pp. 69-106.

Reydam, Luc, "Belgium's First Application of Universal Jurisdiction: the *Butare Four* Case", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 2, 2003, pp. 428-436.

Ripol Carulla, Santiago, "El Consejo de Seguridad y la Defensa de los Derechos Humanos. Reflexiones a partir del Conflicto de Kosovo", en *REDI*, vol. LI, 1999, pp. 59-87.

Rivera, Carlos, "Perú", en *Las Víctimas y la Justicia Transicional: ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010, pp. 191-218.

Roberts, Adam, "Humanitarian war: military intervention and human rights", en *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)-*, vol. 69, n. 3, 1993, pp. 429-449.

Roberts, Adam, "Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War", en *Survival, Quarterly Journal of IISS*, vol. 44, n. 1, 2002, pp. 7-32.

Roche, Declan, "Truth Commission Amnesties and the International Criminal Court", en *British Journal of Criminology*, vol. 45, n. 4, 2005, pp. 565-581.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, "Asesinatos Selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales: La Protección de la Vida en los Conflictos Armados, a la Luz del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos", pp. 1-76 (15-16), ver en: http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/1_4/1_4.pdf

Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, "La protección del niño en los conflictos armados por el derecho internacional humanitario. Los niños soldados", en *El Menor ante el Derecho en el Siglo XXI*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15, 2011, pp. 217-239.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, "Asesinatos Selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales en los Conflictos Armados Actuales", en *Criminal between War and Peace: Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions / El Derecho penal entre la guerra y la paz: Justicia y Cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, en Manuel Maroto y Daniel Scheunemann (Coords.), Ediciones Universidad d Castilla-La Mancha, 2009, pp. 335-386.

Rodríguez Villasante, José Luis, "La Protección Civil en los Conflictos Armados", en: *Dereito*, vol. 6, n. 1, 1997.

Rodríguez Villasante, José Luis, "La Pérdida de Inmunidad de la Inmunidad de las Personas Civiles por su Participación Directa en las Hostilidades", en *La Respuesta del Derecho Internacional a los Problemas Actuales de la Seguridad Global*, Ministerio de Defensa, Cuadernos de Estrategia, n. 160, 2013, pp. 165-208.

Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis, "Los Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en *Revista Española de Derecho Militar*, vol. 75, 2000, pp. 381-439.

Rojas Caro, José, Los Principios de la Corte Penal Internacional y los Riesgos que la Amenazan”, en *Revista Española de Derecho Militar*, n. 86, 2005, pp. 53-70.

Romano, Cesare P. R. y Nollkaemper, André, “The Arrest Warrant against The Liberian President, Charles Taylor”, en *American Society of International Law (ASIL Insights)*, junio de 2003, ver en <http://www.asil.org/insigh110.cfm>, fecha de consulta 30 de agosto de 2013.

Ross, Michael L., “What do we know about natural resources and civil war?”, en *Journal of Peace Research*, vol. 41, n. 3, 2004, pp. 337-356.

Roth, Kenneth, “Leyes de Guerra en la Guerra contra el Terrorismo”, en *Foreign Affairs* en español, ITAN, vol. 4, n. 2, 2004.

Roht-Arriaza, Naomi, “Universal Jurisdiction - Spain - Extraterritorial Jurisdiction – Genocide - 1948 Genocide Convention Construed - Crimes against Humanity – Guatemala”, en *AJIL*, vol. 100, n. 1, 2006, pp. 207-213.

Roht-Arriaza, Naomi, “The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction”, en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 311-319.

Roht-Arriaza, Naomi, “Conclusion: Combating Impunity”, in *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Naomi Roht – Arriaza (edit.), Oxford University Press, New York, The United States of America, 1995, pp. 281-304.

Rothchild, Conflict, “Third-Party Incentives and the Phases of Conflict Prevention”, en *From Promise to Practice: Strengthening UN Capacities for the Prevention of Violent Conflict*, Chandra Lekha Sriram & Karin Wermester (edits), Lynne Rienner Publishers, Inc. and International Peace Academy, Inc., Colorado, The United States of America, 2003, pp. 35-66.

Rouillard, Louis-Philippe F., “The Combatant Status of the Guantanamo Detainees”, en *Law Journal Special Issue*, vol. 1, n. 1, 2005, pp. 21-45.

Rowe, Peter, “The International Criminal Tribunal for Yugoslavia. The Decision of the Appeals Chamber on the Interlocutory Appeals on the Jurisdiction in the Case Tadic”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n. 3, 1996, pp. 691-701.

Rubio Plo, Antonio R., “El estatuto jurídico de la OSCE: percepciones opuestas de Washington y Moscú”, en: *Instituto Real Elcano (ARI)*, n. 134, 2007.

Ruiz-Giménez, Itziar, “Conflictos armados en África y mecanismos de resolución”, en *África en el horizonte: introducción a la realidad socioeconómica del África subsahariana*, Santamaría Antonio, Echart Muñoz, Enara (Coord.), Los Libros de la Catarata, Madrid, 2006, p. 124.

Ruiz Colomé, María A. “El Tercero Indispensable en el Asunto de Timor Oriental: Una Noción a la Medida de la Corte Internacional de Justicia para la Determinación de su Propia Competencia”, en *REDI*, n. 1, vol. XLVIII, 1996, pp. 99-124.

Rupérez, Javier, “Kosovo, Secesión de Errores”, en *Papeles Faes, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales*, n. 67, 2008, pp. 1-8, ver en http://www.fundacionfaes.org/file_upload/publication/pdf/20130521154832kosovo-secesion-de-errores.pdf

Ruys, Tom, “License to Kill ? State-Sponsored Assassination Under International Law”, en *Military Law & Law of War Review*, vol. 44, n. 1, 2005, pp. 13-50.

Rwelamira, Medard R, “The role of international humanitarian law in internal disturbances and tension situations: Some reflections”, en *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 20, n. 2, 1987, pp. 175-189.

Ryngaert, Cedric, “Applying the Rome Statute’s Complementarity Principle: Drawing Lessons from the Prosecution of Core Crimes by States Acting under the Universality Principle”, en *Institute for International Law, Working Paper*, n. 98, 2006, pp. 1-16.

Ryngaert, Cedric, “Universal Jurisdiction in an ICC Era: A Role to Play for EU Member States with the Support of the European Union”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 14, n. 1, 2006, pp. 46-80.

Sachs, Jeffrey D. and Warner, Andrew M., “The curse of natural resources”, en *European Economic Review*, vol. 45, n. 4, pp. 2001, 827-838.

Sadat, Leila Nadya and Carden, S. Richard, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 88, n. 3, 2000, pp. 381-474.

Sánchez Legido, Ángel, “‘Guerra contra el Terrorismo’, Conflictos Armados y Derechos Humanos”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, 2006, pp. 413-470.

Sánchez Legido, Ángel, “*Ius Cogens* Inmunidad Soberana y Jurisdicción Extraterritorial: El Asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 21 de noviembre de 2001, Asunto Al-Adsani c. Reino Unido)”, en *REDI*, n. LIII -1/2, 2001, pp. 313-330.

Salmón G., Elizabeth., “Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt from the Latin American Experience”, en *IRRC*, vol. 88, n. 862, 2006, pp. 327-353.

Sassòli, Marco, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, en *Humanitarian Law Research Initiative, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, 2006, n. 6, pp. 1-34.

Sassòli, Marco, “The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 1, 2004, pp. 96-106.

Scott, Paul 'Woody', "The Guatemala Genocide Cases: Universal Jurisdiction and Its Limits", en *Chi-Kent Journal International & Company Law*, vol. 9, n. 1, 2009, pp. 100-129.

Scharf P., Michael y Epps, Valerie "¿The international Trial of the century? A Cross-fire Exchange on the First Case before the Yugoslavia War Crimes Tribunal", en *Cornell International Law Journal*, vol. 24, 1996, pp. 634-660.

Schaak, Beth Van, "The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence", en *Columbia Journal of International Law*, vol. 37, n. 3, 1998-1999, pp. 787-850.

Schabas, William A., Cambodia: Was it Really Genocide?, en *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n. 2, 2001, pp. 470-477.

Schabas, Willian A., "State Policy as an Element of International Crimes", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n. 3, 2008, pp. 953-982.

Schabas, Willian A., "Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?", en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 287-302.

Schabas, William A., "The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an 'International Criminal Court'?", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 2008.

Schabas, William A. "The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an 'International Criminal Court'?", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, n. 2, 2008, pp. 513-528.

Schabas, William A., "Amnesty, the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone", en *UC Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 11, n. 1, 2004, pp. 145-169.

Schabas, William, "The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone", en *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n. 4, 2003, pp. 1035-1066.

Schabas, Willian A., "'Complementarity in Practice': Some Uncomplimentary Thoughts", en For presentation at the 20th Anniversary Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law, Vancouver, 23 June 2007, ver en: <http://www.isrcl.org/Papers/2007/Schabas.pdf>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2013.

Schabas, Willian A., "Groups Protected by Genocide Convention: Conflicting Interpretation from the International Criminal Tribunal for Rwanda", en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 6, n. 2, 2000, pp. 375-387.

Schabas, William, A., "The Jelisić Case and the Mens Rea of the Crime of Genocide", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n. 1, 2001, pp. 125-239.

Shabas, William A., "The 'Odious Scourge': Evolving Interpretations of the Crime of Genocide", en *Genocide Studies and Prevention*, vol. 1, n. 2, 2006, pp. 93-106.

Schabas, Willian A., "Problems of International Codification – Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide?", en *New England Law Review*, vol. 35, n. 2, 2001, pp. 287-302.

Scheffer, David J., "The United States and the International Criminal Court", en *AJIL*, vol. 93, n. 1, 1999, pp. 12-22.

Schöndorf, Roy S., "Extra-State Armed Conflicts: Is There A Need for A New Legal Regime?", en *Journal of International Law and Politics*, New York University, vol. 37, n. 1, pp. 1-78.

Schindler, Dietrich, The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols, *Revue CADI*, vol. 163, 1979-II.

Schmitt, Michael N., "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n. 3, 2010, pp. 697-739.

Schmitt, Michael N., "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", en *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n. 2, 2005, pp. 511-546.

Schwelb, Egon, "Crimes against Humanity", en *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, pp. 178-226.

Schwarzenberger, Georg, "Judgment of Nüremberg", en *Tulane Law Review*, vol. XXI, n. 3, 1947, pp. 329-361.

Seguin, John, "Denouncing the international Criminal court: An examination of U.S. Objections to the Rome statute", en *Boston University International Law Journal*, vol. 18, n. 1, 2000, pp. 85-109.

Seibert-Fohr, Anja, "The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, n. 1, 2003, pp. 553-590.

Semmelman, Jacques, "Industria Panificadora, S.A. v. United States: U.S. Court of Appeals, D.C.: Goldstar (Panama) S.A. v. United States", en *AJIL*, vol. 87, n. 2, 1993, pp. 288-292.

Seybolt, Taylor B., "Major armed conflicts", en *SIPRI Yearbook*, 2001, pp. 21-62.

Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., "The International Criminal Court for the Former Yugoslavia", en *EJIL*, vol. 5, n. 3, 1994, pp. 360-380.

Shraga, Daphna y Zacklin, Ralph., “The International Criminal Tribunal for Rwanda”, en *EJIL*, vol. 7, n. 4, 1996, pp. 501-518.

Shea Bettwy, David, “The Genocide Convention and Protected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law?”, en *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, n. 1, 2011, pp. 167-196.

Simma, Bruno, and L. Paulus, Andreas, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, en *AJIL*, vol. 9, n. 2, pp. 302-316.

Slaughter, Anne-Marie and Burke-White, William, “An International Constitutional Moment”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 43, n. 1, 2002, pp. 1-22.

Slye, Ronald C., “Apartheid as a Crime against Humanity: a Submission to the South African Truth and Reconciliation Commission”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 20, n. 2, 1999, pp. 267-300.

Sommer, Christian G., “Reparaciones a las Víctimas en Derecho Internacional”, en *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional, Volumen I, 2011, Ponencia de los Programas Académicos de la `X Edición de 2011 de la Competencia Víctor Carlos García Moreno´ sobre Procedimiento ante la Corte Penal Internacional*, Héctor Olásolo Alonso y Salvador Cuenca Curbelo (coords.), tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 249-265.

Spieker, Heike, “The international Criminal Court and Non –International Armed Conflicts”, en: *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 2000, pp. 395-425.

Solf, Waldemar A., “The Status Of Combatants In Non International Armed Conflicts Under Domestic Law And Transnational Practice, en *American University Law Review*, vol. 33, n. 2, 1983-1984, pp. 53-65.

Solf, Waldemar A., “Protection of Civilians against the Effects of Hostilities Under Customary International Law and Under Protocol I”, en *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 1, 1986, pp. 117-135.

Solis, Gary, “Targeted Killing and the Law of Armed Conflict”, en *Naval War College Review*, vol. 60, n. 2, 2007, pp. 127-146.

Sooka, Yasmin, “Dealing with the Past and Transitional Justice: Building Peace through Accountability”, en *IRRC*, vol. 88, n. 862, 2006, pp. 311-325.

Stahn, Carsten, “Complementarity: A Tale of Two Notions”, en *Criminal Law Forum*, vol. 19, n. 1, 2008, pp. 87-113.

Stahn, Carsten, “Libya, the International Criminal Court and Complementarity A Test for ‘Shared Responsibility’”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n. 2, 2012, pp. 325-350.

Stewart, Young M., “Destruction of Property (on an International Scale): The Recent Oil Platforms Case and the International Court of Justice’s Inconsistent Commentary on the Use of Force by the United States”, en *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 30, n. 2, 2004, pp. 335-377.

Stewart, James G., “Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict”, en *IRRC*, vol. 85, n. 850, June 2003, pp. 313-350.

Stewart, James G., “The Future of the Grave Breaches Regime: Segregate, Assimilate or Abandon?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 4, 2009, pp. 855-877

Stein, Mark S., “The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How Exclusive Is the Security Council’s Power to Determine Aggression?”, en *Indiana International Comparative Law Review*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 1-36.

Staggs Kelsall, Michelle and Stepakoff, Shanee, “‘When We Wanted to Talk About Rape’: Silencing Sexual Violence at the Special Court for Sierra Leone”, en *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n. 3, 2007, pp. 355-374.

Stanton, Gregory H., The Rwandan genocide: why early warning failed, en *Journal of African Conflicts and Peace Studies*, vol. 1, n. 2, pp. 6-25.

Sungi, Simeon, “Redefinig Genocide: The International Criminal Court’s Failure to Indict on the Darfur Situation”, en *Journal of Theoretical and Philosophical Criminology*, vol. 1, n. 1, 2011, pp. 63-88.

Swinarski, Christophe, “Principales Nociones e Instituciones de Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de las Personas”, en *RICR*, n. n/d, 1/06/1991, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/swinarsky.htm>.

Swart, Bert. “Cooperation challenges for the Special Tribunal for Lebanon”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 5, 2007, pp. 1153-1163.

.

Szpak, Agnieszka, “The Status of the Guantánamo Detainees”, en *Eastern European Humanitarian Law Journal*, vol. 2, n. 2, 2005, pp. 1-14.

Szpak, Agnieszka, “National, Ethnic, Racial, and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals”, en *EJIL*, vol. 23, n. 1, 2012, pp. 155-173.

Szasz, Paul C., “The Proposed War Crimes Tribunal for Ex-Yugoslavia”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, n. 2, 1993, pp. 405-435.

Szasz, Paul C., “The Proposed War Crimes Tribunal for Ex-Yugoslavia”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, n. 2, 1993, pp. 405-435.

Szaz, Paul Zaclin, "The Protection of Human Rights Through the Dayton/París Peace Agreement on Bosnia", en *AJIL*, vol. 90, n. 2, 1996, pp. 301-315.

Taft, Willian H., The Law of Armed Conflict 9/11: Some Salient Features, en *Yale Journal of International Law*, vol. 28, n. 2, 2003, pp. 319- 324.

Tallman, David A., "Catch 98(2): Article 98 Agreements and the Dilemma of Treaty Conflict", en *Georgetown Law Review*, vol. 92, n. 5, 2004, pp. 1033, 1056.

Tarragona Fenosa, Laia, "Diez Años de Guantánamo: Una Década para las Rebajas Jurídicas en Estados Unidos", en *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n. 97-98, 2012, pp. 325-342, ver en http://www.raco.cat/index.php/revis_tacidob/article/viewFile/252843/339581, fecha de consulta 28 de diciembre de 2014

Tavernier, Paul, "La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda", en *RICR*, n. 144, Noviembre-Diciembre, 1997, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl79.htm>, fecha de consulta 14 de spetiembre de 2014.

Tejido García, Carlos, "La Protección Jurídica Internacional de los Derechos del Niño en Situaciones de Conflicto Armado, con Atención Particular a la Problemática de los Niños Soldado", en *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en Transicional*, Jorge Pueyo Losa y Julio Jorge Urbina (coords.), Tórculo Edicións, Colección de Estudios Internacionales, Cruz Roja Española, Santiago de Compostela, 2002, pp. 319-359.

Tittmore, Brian, "La Protección de las Personas en Situaciones de Disturbios y Tensiones Internas", Washington D.C., 1 de febrero de 2006, ver en http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=06-0016, fecha de consulta 27 de octubre de 2013.

Ticehusrt, Rupert, "La Cláusula Martens y el derecho de los Conflictos Armados", en *RICR*, n. 140, 1997.

Tomasevski, Katarina, "Human Rights and Wars of Starvation" en *War and Hunger Rethinking International Approaches to Complex Emergencies*, Macrae, J. y Zwi, A, (eds.), Zed Books, London and New Jersey, 1994, pp. 71-91.

Tomuschat, Christian, "Issues of Universal Jurisdiction in the *Scilingo* Case", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 5, 2005, pp. 1074-1081.

Tomuschat, Christian, "Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations", en *Tulane Journal of International Law & Comparative Law*, vol. 10, 2002, pp. 157-184.

Tomuschat, Christian, "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law", en *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Albrecht Randelzhofer and Christian Tomuschat (eds.), Martinus Nijhoff Publishers / Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, pp. 1-26.

Tortosa Blasco, José María, “Estados Unidos y su “guerra contra el terrorismo”: continuidad o cambio”, en *Escenarios de crisis: fracturas y pugnas en el sistema internacional*, Anuario Ceipaz 2008-2009, n. 2, Manuel Mesa (coord.), Icaria, 2008, pp. 255-270.

Torres Pérez, María, “El Tribunal Internacional Penal para Ruanda”, en *Nuevas Controversias Internacionales y Nuevos Mecanismos de Solución*, Valentín Bou Franch, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 69-135.

Tournaye, Cécile, “Genocidal Intent before the ICTY”, en *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 52, n. 2, 2003, pp. 447-462.

Tourval, Saadia, “Africa’s Frontiers: Reactions to a Colonial Legacy”, en *International Affairs*, vol. 42, n. 4, 1966, pp. 641-654.

Toy-Cronin, Bridgette A., “What is forced marriage? Towards a definition of forced marriage as a crime against humanity”, en *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 19, n. 2, 2010, 1-45.

Trahan, Jennifer, “Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court’s Crime of Aggression? Considering the Problem of “Overzealous” National Court Prosecutions”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 45, n. 3, 2012, pp. 569-601.

Trapani, Antonietta, “Complementarity in the Congo: The Direct Application of the Rome Statute in the Military Courts of the DRC”, en *Domac/12*, 2011, pp. 1-64 (22). Vid. en: <http://www.domac.is/media/domac-skjol/Domac-12-Trapani.pdf>, fecha de consulta 09/08/2013

Triffterer, Otto, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such?”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, vol. n. 2, 2001, 399-408.

Udombana, Nsongurua J., “Globalization of Justice and the Special Court for Sierra Leone’s War Crimes”, en *Emory International Law Review*, vol. 17, n. 1, 2003, pp. 55-132.

Uríos Moliner, Santiago, “Antecedentes Históricos de la Corte Penal Internacional”, en: Gómez Colomer, J.L.; González Cussac, J.L. y Cardona Llorens, J. (coord.). *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*. Tirant lo Blach, Valencia, 2003, pp. 23-59.

Valencia Villa, Hernando, “El Genocidio y Crímenes de Lesa Humanidad ante la Nueva Corte”, en *Revista de Estudios Sociales*, n. 7, tema: colombianos en la diáspora, septiembre, 2000, pp. 85-90, ver en: <http://res.uniandes.edu.co/view.php/156/view.php>, fecha de consulta 28 de diciembre de 2014.

Van Den Herik, Larissa, “A Quest for Jurisdiction and an Appropriate Definition of Crime: Mpambara before the Dutch Courts”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n. 5, 2009, pp. 1117-1132.

Van Der Vyver, Johan D., “Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide”, en *Fordham International Law Journal*, vol. 23, n. 2, 1999, pp. 286-356.

Valencia Agudelo, Germán Darío y Mejía Walker, Carlos Alberto, “Ley de Justicia y Paz, un balance de su primer lustro”, en *Perfil de Coyuntura Económica*, n. 15, 2010, pp. 59-77.

Vandersmeersch, Damien, “Prosecuting International Crimes in Belgium”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, n. 2, 2005, pp. 400-421.

Van Schaack, Beth, “The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention’s Blind Spot”, en *Yale Law Journal*, vol. 106, n. 7, 1997, pp. 2259-2291.

van Zyl, Paul, “Justice without Punishment: Guaranteeing Human Rights in Transitional Societies” en *Looking Back, Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Charles Villa-Vicencio and Wilhelm Verwoerd (eds.), University of Cape Town Press, Cape Town, 2000, pp. 42-57.

van Zyl, Paul, “Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission”, en *Journal of International Affairs*, vol. 52, n. 2, 1999, pp. 647-668.

Vervaele, John A. E., ¿Graves Violaciones de Derechos Humanos y Delitos Internacionales: del *Ius* (non) *Puniendi* del Estado-Nación a un Deber Puniendi Imperativo de *Ius Cogens*?, en *Revista Electrónica de Direito Penal E Política Criminal – UFRGS*, vol. 1, n. 1, 2013, pp. 3-36.

Vest, Hans, “A Structure –Based Concept of Genocidal Intent”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n. 4, 2007, pp. 781-797.

Vidal, Christian, “Desapariciones forzadas en el contexto interamericano”, en *Lecciones y Ensayos*, n. 81, 2005, pp. 255-312.

Vierucci, Luisa, “International Humanitarian Law and Human Rights Rules in Agreements Regulating or Terminating and Internal Armed Conflict”, en *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, en Robert Kolb and Gloria Gaggioli (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom, 2013, pp. 416-438.

Vierucci, Luisa, “Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are Entitled”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 2, 2003, pp. 284-314.

Vité, Silvain, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: legal concepts and actual situations”, en *IRRC*, vol. 91, n. 873, 2009, pp. 69-94.

Vitkauskait -Meurice, Dalia and Žilinskas, Justinas, “The concept of enforced disappearances in international law”, en *Jurisprudence*, vol. 120, n. 2, 2010, pp. 197-214.

Von Sternberg, Mark R., “A Comparison of the Yugoslavian and Rwandan War Crimes Tribunals: Universal Jurisdiction and the Elementary Dictates of Humanity”, en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 22, n. 1, 1996, pp. 111- 156.

Von Flüe, Por Carlo, “Anexo III: Historia de la Cooperación entre el CICR y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y Creciente Rojo”, en *Entre Emergencia y Desarrollo: cuestionamiento de las prácticas humanitarias*, Pirotte, Claire; Husson, Bernard y Grúnewald, Francois (Dir.), Icaria Editorial, Barcelona, 2002, pp. 219-224.

Vlassenroot, Koen y Raeymaekers, Tomothy, “¿El retorno del leopardo? Patrimonialismo y crisis post-transición en la República Democrática del Congo”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, n. 6, 2007, pp. 1-15.

Vradenburgh, Anna M., “The Chapter VII Powers of the United Nations Charter: Do they Trump Human Rights Law”, en *Loyola of Los Angeles International Law and Comparative Law Review*, vol. 14, n. 1, 1991, pp. 175-205.

Washburn, John , “The Negotiation of the Rome Statute for the ICC and International Lawmaking in the 21st Century”, en *Pace International Law Review*, vol. 11, n. 2, 1999, pp. 361-367.

Watkin, Kennet W. Colonel, “Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflict in the 21st Century”, en *Israel Defense Forces Law Review (IDF L.R.)*, vol. 1, 2003, pp. 69-95.

Wallace, Geoffrey P.R., “International Law and Public Attitudes toward Torture: An Experimental Study”, en *International Organization*, vol. 67, n. 1, 2013, pp. 105-140.

Wengler, Wilhelm, “Der Begriff des Völkerrechtssubjektes im Lichte der politischen Gegenwart”, en *Die Friedens-Warte*, vol. 51, n. 2, 1951-1952, pp. 113-142.

Williams, Sarah, “Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court Sierra Leone”, en *Human Rights Law Review*, vol. 5, n. 2, 2005, pp. 271-309.

Willms, Jan, “Without Order, Anything Goes? The Prohibition of Forced Displacement in Non-International Armed Conflict”, en *ICRC*, vol. 91, n. 875, 2009, pp. 547-565.

Wirth, Steffen, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in the Congo v. Belgium Case”, en *EJIL*, vol. 13, n. 4, 2002, pp. 877-893.

Wise, Edward M., “The Obligation to Extradite or Prosecute”, en *Israel Law Review*; vol. 27, ns. 1-2, 1993, pp. 268-287.

Wolff, Lutz-Christian, “Law and Flexibility – Rule of Law Limits of a Rhetorical Silver Bullet –”, en *The Journal Jurisprudence*, vol. 11, 2011, pp. 549-567.

Yañez Barnuevo, Juan A., “Hacia un Tribunal de la Humanidad”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional / Cour Euroméditerranéens Bancaja de Droit International / Bancaja Mediterranean Courses of International Law*, vol. V (2001), pp. 805-830.

Yañez Barnuevo, Juan A., “La conferencia de Roma y el estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas”, en: *Creación de una Jurisdicción Penal*, Colección Escuela Diplomática, n. 4, Madrid, 2000, pp. 17-28 (812).

Yee, Sienho, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality”, en *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, n. 3, 2011, pp. 503-530.

Zappalà, Salvatore, “Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n. 3, 2003, pp. 671-678.

Zappalà, Salvatore, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation”, en *EJIL*, vol. 12, n. 3, 2001, pp. 595-612.

Zacklin, Ralph, “Some Major Problems in the Drafting of the ICTY Statute”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n. 2, 2004, pp. 361-367.

Zegveld, Liesbeth, “Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law”, en *IRRC*, vol. 85, n. 851, 2003, pp. 497-526.

Zwanenburg, Marten, “The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers under Fire?”, en *EJIL*, vol. 10, n. 1, 1999, pp. 124-143.

Zuppi, Alberto Luis, “Immunity v. Universal Jurisdiction: The Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice”, en *Louisiana Law Review*, vol. 63, n. 2, 2003, pp. 309-339.

3.- Resoluciones judiciales de órganos internacionales y nacionales:

Corte Internacional de Justicia:

CIJ, *Germany v. Italy: Greece Intervening*, Jurisdictional Immunities of the State, Judgment 3 February 2012.

CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro*, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment, 26 February 2007.

CIJ, *Islamic Republic of Iran v. United States of America* (case Concerning Oil Platforms Judgment of 6 November 2003).

CIJ, Asunto Relativo a Timor Oriental (Portugal v. Australia), 30 de junio de 1995.

CIJ, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Judgment of 19 December 2005.

CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 3 February 2015.

Prosecutor v. Simeón Nchamihico (ICTR-01-63-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 12 November 2008.

CIJ, Case *LaGrand* (*Germany v. United States of America*), 27 June 2001.

CIJ, case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States*), 27 June 1986.

CIJ, case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), 5 February 1970, p. 32, pars. 33-35.

CIJ, Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials Who Have Passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration, de 3 de marzo de 1928, serie B, n. 15.

CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Serbia y Montenegro*, Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment of 26 February 2007.

CIJ, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 Julio 1996.

ICJ, Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, May 28, 1951.

CIJ, Opinión Consultiva sobre Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, July 2004.

CIJ, Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, 22 de julio de 2010

CIJ, Advisory Opinion: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 Julio 1996, par. 79, p. 257.

CIJ, Advisory Opinion, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, 13 July 1954.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR 95-1-A), Appeals Chamber, Judgement (Reasons), 1 June 2001

Prosecutor v. Dusko Tadic (IT-94-1-T), Trial Chamber, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995.

Prosecutor v. Tihomir Blaskic (IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement 3 March 2000.

Prosecutor v. Tihomir Blaskic (IT-95-14-A), Appeals Chamber, Judgement 29 July 2004.

Prosecutor v. Milan Milutinovic et al. (IT-05-87-T), Trial Chamber, Judgement 26 February 2009.

Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al. (IT-04-84-T), Trial Chamber I, Judgement 3 April 2008, par. 60.

Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al. (IT-04-84-T), Trial Chamber I, Judgement 3 April 2008.

Prosecutor v. Zejnil Delalic et al. (IT-96-21-T), Trial Chamber, Judgement 16 November 1998.

Prosecutor v. Dario Kordic y Mario Cerkez (IT-95-14/2-T), Trial Chamber, Judgement, 26 February 2001.

Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez (IT-95-14/2-A), Appeals Chamber, Judgement 17 December 2004.

Prosecutor v. Mladen Naletilic (IT-98-34-T), Trial Chamber, Judgement 31 March 2003

Prosecutor v. Miroslav Kvocka (IT-98-30-1/T), Trial Chamber Judgement 2 November 2001.

Prosecutor v. Miroslav Kvocka (IT-98-30-1/T), Trial Chamber Judgement 2 November 2001.

Prosecutor v. Ivica Rajic (IT-95-12- R 61), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 September 1996.

Prosecutor v. Dragan Nikolic (IT-94-2-R61), Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Trial Chamber, 20 October 1995.

Prosecutor v. Dusko Tadic (IT-94-1-T), Trial Chamber, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, 7 May 1997.

Prosecutor v. Zejnil Delalic (IT-96-21-A) (*Celebici*), Judgement, Appeals Chamber, 20 February 2001

Prosecutor v. Zlatko Aleksovsky (IT-95-14/1-A), Judgement, Appeals Chamber, 24 March 2000.

Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al. (IT-04-84-T), Trial Chamber I, Judgement, 3 April 2008.

Presecutor v. Blaski, (IT-95-14-AR) 108 bis, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Appeals Chamber, Judgement 29 October 1997.

Prosecutor v. Radovan Karadzic and Ratko Mladic, (IT-95-18-R61/IT-95-5-R61).

Prosecutor v. Radislav Krstic´ (IT-98-33-T), Judgement, Trial Chamber, 2 Augusto 2001.

Prosecutor v. Goran Jelusic´ (IT-95-10-T), Trial Chamber, Judgement 14 December 1999.

Prosecutor v. Goran Jelusic´ (IT-95-10-A), Appeals Chamber, Judgement 5 July 2001

Prosecutor v. Radislav Krstic´ (IT-98-33-A), Judgement, Appeals Chamber, 19 April 2004.

Prosecutor v. Milomir Stakic´ (IT-97-24-T), Trial Chamber II, Judgement 31 July 2003.

Prosecutor v. Milomir Stakic´ (IT-97-24-A), Appeals Chamber, Judgement 22 March 2000.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, et al. (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, Judgement, 22 February 2001.

Prosecutor v. Kunarac, et al. (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, Judgment, 12 June 2002.

Prosecutor v. Msksic, (IT-95-13-R61), Decision on Prosecutor's Motions, amid the review of the indictment pursuant to Rule 61 of the 9 Rules of Procedure and Evidence, Rule 61 proceedings, 3 April 1996.

Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al. (IT-95-16-T), Trial Chamber, Judgement, 14 January 2000.

Prosecutor v. Mitar Vasiljevic (IT-98-32-T), Trial Chamber II, Judgement, 29 November 2002.

Prosecutor v. Radoslav Brdanin (IT-99-36-T), Trial Chamber II, Judgement 1 September 2004.

Prosecutor v. Milomir Stakic´ (IT-97-24-T), Trial Chamber II, Judgement 31 July 2003.

Prosecutor v. Anto Furundzija (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, Judgement 10 December 1998.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

Prosecutor v. Athanase Seromba (ICTR-2001-66-A), Appeals Chamber, Judgement 12 March 2008.

Prosecutor v. Joseph Kayabashi, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, Trial Chamber 2, (ICTR-96-15-T), 18 June 1997.

Prosecutor v. Jean Paul Akayesu (ICTR-96-4-T), Trial Chamber I, Judgment, 2 September 1998.

Prosecutor v. Jean Paul Akayesu (ICTR-96-4-A), Appeals Chamber, Judgment, 1 June 2001.

Prosecutor v. Alfred Musena (ICTR-96-13-T), Judgement and Sentence, 27 January 2000.

Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, (ICTR.951-T), Trial Chamber II, Judgement 21 May 1999.

Prosecutor v. Jean Kambanda (ICTR 97-23-s), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 4 September 1998.

Prosecutor v. Laurent Semanza (ICTR-97-20-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 15 May 2003.

Prosecutor v. Simeón Nchamihico (ICTR-01-63-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 12 November 2008.

Prosecutor v. Georges Rutaganda (ICTR-96-3T), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 6 December 1999.

Prosecutor v. Alfred Musema (ICTR-96-13-A), Trial Chamber I, Judgement and Sentence 27 January 2000.

Prosecutor v. Ignace Bagilishema (ICTR-951A-T), Trial Chamber I, Judgement, 7 June 2001.

Prosecutor v. Mikaeli Mihima (ICTR-95-1B-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 28 April 2005.

Prosecutor v. André Ntageraru et al. (ICTR-99-46-T), Trial Chamber III, Judgement and Sentence, 25 February 2004.

Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi (ICTR-2001-64-T), Trial Chamber III, Judgement 17 June 2004.

Tribunal Especial para Sierra Leona:

Prosecutor v. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara (caso AFRC), SCSL-2004-15-AR72 (E) y SCSL-2004-16-AR72 (E)) respectivamente, de 13 de marzo de 2014.

Prosecutor v. Charles Taylor (SCSL-03-01-T), Trial Chamber II, Sentencing Judgement 30 May 2012.

Prosecutor v. Kamara and Kanu (SCSL-04-16-T) (case AFRC), Trial Chamber, Judgement 20 June 2007

Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa (SCSL-04-14-A) (case CDF), Appeals Chamber, Judgement 28 May 2008.

Prosecutor v. Sesay et al. (SCSL-04-15-T) (case RUF), Trial Chamber I, 2 March 2009.

Prosecutor v. Alex T. Brima et al. (SCSL. 2004-16-T) (case AFRC), Trial Chamber II, Judgement 20 June 2007.

Prosecutor v. Alex T. Brima et al. (SCSL. 2004-16-A) (case AFRC), Appeals Chamber, Judgement 22 February 2008.

Corte Penal Internacional:

Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb (ICC-02/05-01/07), Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) of the Statute, Pre-Trial Chamber I, 27 April 2007.

Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo (ICC-01/04-01/06), Decision of the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007.

Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo (ICC-01/04-01/06), Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I, 14 March 2012.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, 29 February 2007.

Prosecutor v. Thomas Lubanga y Dyilo (ICC-01/04-01/06), Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I, 14 March 2012.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Trial Chamber I, 10 July 2012.

Prosecutor v. Germain Katanga (Simba) (ICC-01/04-01/07), Warrant Of Arrest for Germain Katanga, Pre-Trial Chamber I, 2 July 2007.

Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008.

Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Warrant Of arrest (ICC-01/04-02/06), Pre-Trial Chamber I, 7 August 2006.

Prosecutor v. Callixte Mbarushimana (ICC-01/04-01/10), Warrant of Arrest for Callixte Mbarushimana, Pre-Trial Chamber I, 28 September 2010.

Prosecutor v. Callixte Mbarushimana (ICC-01/04-01/10), Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 16 December 2011.

Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura (ICC-01/04-01/12), Warrant of arrest, Pre-Trial Chamber II, 13 July 2012.

Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo (ICC-01/04-02/12), Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 18 December 2012.

Prosecutor v. Bosco Ntaganda (ICC-01/04-02/06), Warrant of Arrest, Pre-Trial Chamber II, 13 July 2012

Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, 30 September 2008.

Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen, Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, Pre-Trial Chamber II (ICC-02/04-01/05), 10 March 2009.

Prosecutor v. Joseph Kony (ICC-02/04-01/05), Warrant of Arrest for Joseph Kony, Trial Chamber II, 27 September 2005.

Prosecutor v. Vincet Otti (ICC-02/04-01/05-54), Warrant of Arrest for Vincent Otti, Trial Chamber II, 8 July 2005.

Prosecutor v. Okot Odhiambo (ICC-02/04-01/05-56), Warrant of Arrest for Okot Odhiamboi, Trial Chamber II, 8 July 2005.

Prosecutor v. Dominic Ongwen (ICC-02/04-01/05-57), Warrant of Arrest for Dominic Ongwen, Trial Chamber II, 8 July 2005.

Prosecutor v. Raska Lukwiya II (ICC-02/04-01/05-55), Warrant of Arrest for Raska Lukwiya, Trial Chamber, 8 July 2005.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber II, 23 May 2008.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08-15), Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Chamber II, 10 June 2008.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, June 15, 2009.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, 10 June 2008.

Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) y Ali Abd-Al-Rahman (Ali Kushayb) (ICC-02/05-01/07), Warrant of Arrest for Ahmad Harun, Pre-Trial Chamber I, 27 April 2007.

Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Omar Al Bashir) (ICC-02/05-01/09), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber, 4 March 2009.

Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus (ICC-02/05-03/09), Pre-Trial Chamber I. Vid. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/BandaEng.pdf>.

Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Omar Al Bashir) (ICC-02/05-01/09), Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, 12 July 2010.

Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda (ICC-02/05-02-/09), Pre-Trial Chamber I, 8 February 2010.

Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourainand and Saleh Mohammed Jerbo Jamus (ICC-02/05-03/09), Decision on issues related to the hearing on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 17 November 2010.

Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein (ICC-02/05-01/12), Warrant of Arrest for Abdel Raheem Muhammad Hussein, Pre-Trial Chamber I, 1 March 2012.

Prosecutor v. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trian Chamber II (ICC-01/09-01/11), 23 January 2012.

Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein ali, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II (ICC-01/09-01/11), 23 January 2012.

Prosecutor v. William Samoeiruto et al. (ICC-01/09-01/11), Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute, Pre-Trial Chamber II 30 May 2011.

Prosecutor v. William Samoei Ruto, et al. (ICC-01/09-01/11), Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (d) of the Rome Statute, Trial-Chamber II 23 January 2012.

Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali (ICC-01/09-02/11), Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Pre-Trial Chamber II, 8 March 2011.

Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali (ICC-01/09-02/11), Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, 23 January 2012.

Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa (ICC- 01/09-01/13), Under Seal ex Parte, Only Available to the Prosecutor and the Registrar Warrant of Arrest for Walter Osapiri Barasa, Pre-Trial Chamber II, 2 August 2013.

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi (ICC-01/11), Warrant of Arrest for Saif Al-Islam Gaddafi, Pre-Trial Chamber I, 27 June 2011.

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11-01/11), Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, Pre-Trial Chamber, 31 May 2013.

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11-01/11 OA 4), Decision on the request for suspensive effect and related issues, Appeals Chamber, 18 July 2013.

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11-01/11 OA 4), Judgment on the Appeal of Libya against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 Entitled “Decision on the Admissibility of the Case against Saif Al-Islam Gaddafi”, Appeals Chamber, 21 May 2014.

Prosecutor v. Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11), Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, 27 June 2011.

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11-01/11), Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, 11 October 2013.

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11-01/11 OA 6), Judgment on Appeal of Mr. Adullah Al-Senussi against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the Admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, Appeals Chamber, 24 July 2014.

Prosecutor v. Laurent Gbagbo (ICC-02/11), Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo, Pre-Trial Chamber, 23 November 2011.

Prosecutor v. Simone Gbagbo (ICC-02/11-01/12), Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, Pre-Trial Chamber, 29 February 2012.

Prosecutor v. Charles Blé Goudé (ICC-02/11-01/11), Warrant of Arrest for Charles Blé Goudé, Pre-Trial Chamber, 21 December 2011.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishment the principles and procedures to be applied to reparations, 7 August 2012.

Situation in the Republic of Côte D’Ivoire, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte D’Ivoire (ICC-2/11) Pre-Trial Chamber, 3 October 2011.

Decision assigning the Situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I (ICC-01/04-1), 5 July 2004.

Situation in the Republic of Côte D'Ivoire, Decision on the Prosecution's provisional of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010 (ICC-2/11), Pre-Trial Chamber, 22 February 2012.

Otros Tribunales:

Corte IDH, *Masacre de Santo Domingo v. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia de 30 de noviembre de 2012.

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001.

Corte IDH, *Las Palmeras v. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001.

Corte IDH, *Las Palmeras v. Colombia*, Excepciones Preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000

Corte IDH, *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Corte IDH, *Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Gomes Lund y otros v. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010.

Corte IDH, *Ximenes-Lopes contra Brasil*, de 4 de julio de 2006.

Corte IDH, *Masacres de Ituango v. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006

Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006.

Corte IDH, *Blanco-Romero y otros v. Venezuela*, de 28 de noviembre de 2005.

Corte IDH, *Gómez-Palomino v. Perú*, de 22 de noviembre de 2005.

Corte IDH, *Comunidad; Masacre de Mapiripán v. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Moiwana v. Suriname*, de 15 de junio de 2005.

Corte IDH, *Carpio Nicolle y otros v. Guatemala*, de 22 de noviembre de 2004.

Corte IDH, *Masacre de Plan Sánchez v. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 2004.

Corte IDH, *Masacre de 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004.

Corte IDH, *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, sentencia fondo, reparaciones y costas, 11 de marzo de 2005.

Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*, de 14 de marzo de 2001.

Corte IDH, *Castillo Pretruzzi y otros v. Perú*, sentencia 30 de mayo de 1999.

Corte IDH, *Loayza Tamayo v. Perú*, sentencia 27 de noviembre de 1998.

CPJI, The Case of the S. S. “Lotus”, Collection of Judgments, September 7, 1927.
United States v. Noriega, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, Plaintiff-Appellee v. Manuel Antonio Noriega, Defendant Appellant, Nos. 92-4687, 96-4471, III (A) (1), July 7 1997. en <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1089768.html>, fecha de consulta 01 de mayo de 2014.

Comisión IDH, Caso *Disabled Peoples’ International et al. v. The United States*, Application No 9213 22 September 1987.

Comisión IDH, Caso *Coard. y otros v. Estados Unidos* (10.951), Informe n. 109/99, 29 de septiembre de 1999.

Comisión IDH, *La Tablada (Juan Carlos Abella v. Argentina)*, 18 de noviembre de 1997.

STL, Prosecutor v. Ayyash *et al.*, (case STL-11-01, Tribunal Especial para el Líbano

Public Committee v. Government of Israel, The Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment. The Government of Israel et al., (HCJ 769/02), The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, December 13, 2006.

R. v. Finta, 1994, 1 SCR 701, p. 706 (correspondiente a *The Requisite Elements of the Crime Described by Section 7(3.71)*), vid. en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1124/1/document.do>

Prosecutor v. Gotovina et al. (IT-06-90-PT), Decision on Several Motions Challenging Jurisdiction, Trial Chamber, 19 March 2007.

Ryuichi Shimoda et al. v. State Japan, District Court, Tokyo Japan, Japan, Judgment 7 December 1963, ver en <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/53/Shimoda-et-al/>, fecha de consulta 25 de abril de 2014.

Court of Bosnia and Herzegovina (CBH), Prosecutor’s office of *Bosnia and Herzegovina v. Mitar Rašević and Savo Todović* (X-KR/06/275), Judgement 28 February 2008.

Goldstar (Panama) SA v. United States, US Court of Appeals, Fourth Circuit, Judgement 16 June 1992. Case Comments S. Sovereign Immunity Goldstar (Panama) S.A. V. United States, en *Washington and Lee Law Review*, vol. 50, n. 1, 1993, pp. 397-398.

Hugo Princz v. Federal Republic of Germany, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 1995, ver en <http://perleslaw.com/pdf/hugo.pdf>, fecha de consulta 25 de abril de 2014.

Kadic v. Karadzic, United States, Court of Appeals for the Second Circuit Decision (Alien Tort Act; Torture Victim Act; the Law of Nations; Subject Matter Jurisdiction), October 13, 1995, véase en *International Legal Materials*, vol. 34, n. 6, 1995, pp. 1592-1594 y 1595-1614.

Filartiga v. Peña-Irela, 630 F.2d876 (2d Cir., June 30 1980) (torture), ver en <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1a-irala>, fecha de consulta 25 de abril de 2014.

Leo Handel et al. v. Andrija Artukovic, on behalf of himself and as representative of the Independent Government of the State of Croatia, United States District Court, C. D. California, 601 F.Supp. 1421., Jan. 31, 1985, ver en <https://groups.google.com/forum/#!topic/alt.lawyers/KHV2dwPDkAM>, fecha de consulta 26 de febrero de 2015.

Hamdi v. Rumsfeld, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, N. 02-7338, January 8, 2003, parte III B, pp. 30-31, en: <http://www.ca4.uscourts.gov/opinions/Published/027338.P.pdf>, fecha de consulta 26 de febrero de 2015.

Rasul et al. v. Bush et al. (n. 03-334), Supreme Court of United States, June 28, 2004, ver en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Alumni_Affairs/Rasul_v_Bush.pdf

Hamdan v. Rumsfeld et al. (n. 05-184), Supreme Court of the United States, June 29, 2006, ver en <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>, fecha de consulta 10 de diciembre de 2014.

Boumediene v. Bush (553 U. S. 2008), Supreme Court of the United States, June 12, 2008, ver en <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/06-1195P.ZO>

TEDH, Case *Kurt v. Turkey* (15/1997/799/1002/), Judgement 25 May 1998.

TEDH, Case *Tas v. Turkey* (Application no. 24396/94), Judgement 14 November 2000.

TEDH, Case *Bazorkina v. Russia* (Application no. 69481/01), Judgement 27 July 2006.

TEDH, Case *Margus v. Croatia* (Application n. 4455/10), Judgment, 13 November 2012.

TEDH, Case *Margus v. Croatia* (Application n. 4455/10), Grand Chamber, Judgment, 27 May 2014.

TEDH, Case of Al-Adsani v. United Kingdom (Application no. 35763/97), Judgment 21 November 2011.

4.- Documentos de Estado, organizaciones internacionales y otros organismos públicos o privados:

CICR, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos”, del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011, Ginebra, Suiza. Ver en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014.

CICR y Kellenberger, Jakob, “Hacer Respetar el Derecho Internacional Humanitario en un Entorno en Constante Evolución y Papel de las Naciones Unidas”, Declaración Oficial de 26 de Septiembre de 2009, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-260909.htm>, fecha de consulta 25 de septiembre de 2014.

ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009, *IRRC*, vol. 90, n. 872, 2008.

ICRC, “How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?”, International Committee of the Red Cross (ICRC), Opinion Paper, March 2008, ver en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>, fecha de consulta 25 de noviembre de 2014.

CICR, XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos en los Conflictos Armados Contemporáneos”, del 26 al 30 de noviembre de 2007, Ginebra, Suiza. Ver en : <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/ihl-30-international-conference101207.htm>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014.

CICR, Declaración Oficial del CICR, 2 de febrero de 2006: “La protección de las personas en situaciones de disturbios y tensiones interiores”, ver en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/oea-statement-02022006.htm>, fecha de consulta 12 de febrero de 2013.

CICR, “El genocidio: reseña histórica de un ‘crimen grave’”, 29-03-2004, ver en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5xsgsu.htm>, fecha de consulta 22 de febrero de 2015.

CICR, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “El Derecho Internacional Humanitario y los Retos de los Conflictos Armados Contemporáneos”, del 2 al 6 de diciembre de 2003, Ginebra, p. 21., ver en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5xymgj.htm>, fecha de consulta 24 de noviembre de 2014.

ICRC, Communication to the Press, 02/11, 9 February 2002.

ICRC, Communication to the Press, 02/11, 9 February 2002. Ver también Human Rights Watch, “Human Rights Watch, U.S. Officials Misstate Geneva Convention Requirements, 28 January 2002”, en <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-detainees-guantanamo-case-study.htm>, fecha de consulta 28 de noviembre de 2014.

IRRC, “Internal Disturbances and Tensions: A new humanitarian approach?”, en *IRRC*, vol. 28, n. 262, 1988, pp. 3-8.

ICRC, Commentary – Responsibility to the Protocol Additional to Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, pars. 3645-3661, ver en <http://www.icrc.org/ihl/COM/470-750117>, fecha de consulta 24 de mayo de 2014.

Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Document V, Geneva, 24 May – 12 June 1971, pp. 89 y ss., vid. en: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC-conference_Vol-5.pdf, fecha de consulta 14 de septiembre de 2013.

CICR, XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Stockholm, 1948, Colonel Howard S. Levie Collection, pp. 92-93, ver en: http://www.loc.gov/rr/frd/MilitaryLaw/pdf/RC_XVIIth-RC-Conference.pdf, fecha de consulta 17 de diciembre de 2014.

Human Rights Watch, “Bringing Justice: the Special Court for Sierra Leone: Accomplishments, Shortcomings, and Needed Support”, en: *Human Rights Watch*, vol. 16, n. 8 (A), 2004, pp. 1-50, vid. en <http://www.hrw.org/reports/2004/sierraleone0904/sierraleone0904.pdf>, fecha de consulta 20 de agosto de 2013

Human Rights Watch, “Human Rights Watch, U.S. Officials Misstate Geneva Convention Requirements, 28 January 2002”, en <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-detainees-guantanamo-case-study.htm>, fecha de consulta 28 de noviembre de 2014.

Human Rights Watch, “Sierra Leone: Getting Away with Murder, Mutilation, and Rape”, 1 de junio de 1999, A1103, en [http://www.refworld.org/docid/3ae6a7fa0.html%20\[accessed%2023%20August%202013](http://www.refworld.org/docid/3ae6a7fa0.html%20[accessed%2023%20August%202013), fecha de consulta 24 de agosto de 2013.

Amnistía Internacional, *Colombia: Invisibles ante la Justicia. Impunidad por Actos de Violencia Sexual Cometidos en el Conflicto: Informe de Seguimiento*, Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, España, 2012.

Amnistía Internacional, *Comisionar la Justicia: Las Comisiones de la Verdad y la Justicia Penal*, Amnesty International Publications /Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2010.

Amnistía Internacional, “Comisiones Militares de Guantánamo: Una Parodia de la Justicia”, informe n. 83, 2006, p. 12, ver en <http://www.amnesty.org/es/campaigns/co>

unter-terror-with-justice/issues/militarycommissions, fecha de consulta 29 de noviembre de 2014.

Amnistía Internacional, “Corte Penal Internacional: Necesidad de que la Unión Europea tome Medidas efectivas para evitar que sus miembros firmen acuerdos de impunidad con Estados Unidos”, en la página web: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/IOR40/030/2002/fr/3e34f4a7-d7a0-11dd-b02421932cd2170d/ior400302002es.pdf>, fecha de consulta 15 de septiembre de 2013.

Physicians for Human Rights, “*War-Related Sexual Violence In Sierra Leone: A Population-Based Assessment*”, vol. 15, n. 1 (A), 2002, pp. 26-27, vid. en https://s3.amazonaws.com/PHR_Reports/sierra-leone-sexual-violence-2002.pdf, fecha de consulta 3 de marzo de 2013.

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), “Genocidio en Guatemala: Ríos Montt Culpable”, septiembre de 2013, ver en <http://www.fidh.org/IMG/pdf/informeguatemala613es p2013.pdf>, fecha de consulta 24 febrero de 2014.

Proyecto de la Universidad de Princeton sobre Jurisdicción Universal, 27 de enero de 2001, véase en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.htm>, fecha de consulta 15 de febrero de 2014.

Refugee Law Project Working Paper No. 1, “Behind The Violence: Causes, Consequences. And The Search For Solutions To The War In Northern Uganda, february 2004, ver en <http://www.refugeelawproject.org/workingpapers/RLP.WP11.pdf>, fecha de consulta 8 de octubre de 2013.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), “Desplazamiento Forzado y Crímenes Internacionales”, escrito por Guido Acquaviva, June 2011, pp. 1-28, ver en <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4e84794c2>, fecha de consulta 19 de enero de 2015.

International Institute of Humanitarian Law, “The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict”, Drafting by Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway and Yoram Dinstein, Sanreno, 2006, pp. 1-71.

National Strategy for Combating Terrorism, de febrero de 2003, por el ex presidente de Estados Unidos, George Bush, pp. 1-30 (1). Vid. <http://www.state.gov/documents/organization/60172.pdf>, fecha de consulta 25 de septiembre de 2013.

U.S. Department of State, The White House, Office of the Press Secretary, Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention, The James S. Brady Briefing Room, “White House Press Secretary Announcement of President Bush’s Determination re Legal Status of Taliban and Al Qaeda Detainees (February 7, 2002)”, <http://www.state.gov/s/1/38727.htm>, fecha de consulta 20 de octubre de 2014.

Memo 11, The White House, “Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees”, February 7, 2002, ver en <https://www.fidh.org/IMG/pdf/memo11.pdf>, fecha de consulta 28 de noviembre de 2014.

United States Government Printing Office, *Nazi Conspiracy and Aggression Opinion and Judgment*, United States Government Printing Office, Washington, D. C., 1947. Fundación para el Debido Proceso Legal, *Las Víctimas y la Justicia Transicional. ¿Están Cumpliendo los Estados Latinoamericanos con los Estándares Internacionales?*, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington, DC, 2010.

Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, publicado en: *AJIL*, vol. 14, n. 1/2, 1920, pp. 95-154.

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis between United States, France, Great Britain and Soviet Union: en *AJIL*, Supplement, vol. 39, n. 4, 1945, pp. 257-264.

United Nations, *Charter of the International Military Tribunal, Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis*, annex, United Nations, Treaty Series, vol. 82, n. 251.

Informe del Comité Preparatorio de las Naciones Unidas para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, en Doc. ONU A/CONF.183/2. Add.1, 14 de abril de 1998.

Informe Grupo de Expertos de Alto Nivel A/59/565, de diciembre de 2004.

Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 A/RES60/1, de 24 de octubre de 2005.

Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, Eighty-Seventh Session of the UN Human Rights Committee (HRC), Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights: Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America, 18 December 2006, en: http://www.refworld.org/docid/45c30bec_9.html, fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

Kenya: Commission of Inquiry into the Post Election Violence (CIPEV) Final Report, ver en: http://www.knchr.org/Portals/0/Reports/Waki_Report.pdf, fecha de consulta 22 de octubre de 2013.

Secretary General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, August 6, 1999. Doc. ST/SGB/1999/13.

African Commission on Human and Peoples' Rights, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Decision Communication No. 245/02, of 21 May 2006.

Hudson, Rex A., "The Sociology and Psychology of Terrorism: Who Becomes a Terrorist and Why?", en *Library of Congress, Federal Research Division*, 1999, pp. 116-119, ver en http://www.loc.gov/rr/frd/pdf-files/Soc_Psych_of_Terrorism.pdf, fecha de consulta 28 de noviembre de 2013.

Artículos de prensa y otros medios informativos:

Ashraf, Afzal, “Por qué Estado Islámico no perdurará”, en BBC Mundo, 17 de septiembre de 2014, ver en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140916_internacional_debilidad_estado_islamico_ng, fecha de consulta 25 de septiembre de 2014.

Chinchón Álvarez, Javier, “La Ley de Amnistía: Margus contra Croacia y España contra el Mundo”, en eldiario.es, 29 de mayo 2014, en: http://www.eldiario.es/contrapoder/amnistia-crimenes_contra_la_humanidad-Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_6_265333472.html, fecha de consulta 05 de junio de 2014.

Sparrow, Thomas, “Qué es el grupo Khorasan, la otra amenaza para EE.UU. en Siria”, en BBC Mundo, 24 de septiembre de 2014, ver en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140923_eeuu_grupo_khorasan_siria_tsb, fecha de consulta 07 de noviembre de 2014.

Monge, Yolanda, “Obama Comienza a Desmantelar Guantánamo con la Ayuda de Aliados”, diario El País, ver en http://internacional.elpais.com/internacional/2014/12/07/actualidad/1417976424_850580.html, fecha de consulta 29 de noviembre de 2014.

Bassets, Marc, “Estados Unidos Destapa la Guerra Sucia de Bush”, publicado en El País el 9 de diciembre de 2014, ver en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/12/09/actualidad/1418144432_841703.html, fecha de consulta 9 de diciembre de 2014.

Acholi Times, “Col Kwoyelo Asks African Court To Intervene In His Case Over Illegal Detention”, 22 October 2012, ver en: <http://www.acholitimes.com/index.php/land-issues/8-acholi-news/947-col-kwoyelo-asks-african-court-to-intervene-in-his-case-over-illegal-detention>, fecha de consulta 9 de septiembre de 2013.

González, Miguel, El lucrativo negocio de vender personas en el sudeste asiático”, en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/03/27/actualidad/1395919047_095428.html, fecha de consulta 27 de marzo de 2014.

Marieke Wierda, Michael Otim, “Uganda: Impact of the Rome Statute and the International Criminal Court”, en *International Center for Transitional Justice / The Rome Statute Review Conference*, June 2010, pp. 1-8, ver en <http://ictj.org/Uganda-Impact-ICC-2010>, fecha de consulta 10 de septiembre de 2013.

Tenove, Chris, “Uganda and the International criminal Court: Debates and Developments”, en *Africa portal Background*, n. 60, July 2013, pp. 1-11 (5), ver en <http://www.africaportal.org/articles/2013/07/18/uganda-and-international-criminal-court-debates-and-developments>, fecha de consulta 10 de septiembre de 2013.

El País, “Focos de Tensión en el Mundo” http://elpais.com/elpais/2013/12/27/media/1388174643_201224.html, fecha de consulta 27 de diciembre de 2007.

Jay Cohen, Andrew, “On the trail of genocide”, *The New York Times*, September 7, 1994.

Otros documentos:

Doc. A/ES-10/248, of the UN, Summary Legal Position of the Government of Israel in the Report of the Secretary-General Prepared Pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13, Annex I, 24 November 2003, on Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, en: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/A5A017029C05606B85256DEC00626057>, fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

Husband of Maria Fanny Suarez de Guerrero v. Colombia, Communication No. R.11/45, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 137 (1982). Ver en http://www.bayefsky.com/pdf/101_colombia45.pdf, fecha de consulta 16 de marzo de 2014.

Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflicts and Situations of Occupation, Organized by The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 1-2 September 2005, E.2, p. 32, ver en http://www.geneva-academy.ch/docs/expertmeetings/2005/3rapport_dr_oit_vie.pdf, fecha de consulta 15 de marzo de 2014.

Military Commissions Act de 2006 en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-109s3930enr/pdf/BILLS-109s3930enr.pdf>, fecha de consulta 12 de diciembre de 2014.

American Servicemembers' Protection Act, en *AJIL*, vol. 96, n. 4, 2002, pp. 975-977.

Código Lieber en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1158/4.pdf>, fecha de consulta 01 de Mayo de 2013.

Doc. de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas creada en 1983 (Argentina), informe “Nunca Más” publicado en septiembre de 1984. Ver informe en: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/unncamas.html>, fecha de consulta 8 de abril de 2014.

Doc. de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación creada en 1990 (Chile), informe publicado en febrero de 1991. Ver informe en varios volúmenes en <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/informe-rettig.htm>, fecha de consulta 24 de abril de 2014.

Doc. de la Comisión de la Verdad creada en 1991, informe publicado en marzo de 1993 (El Salvador), ver en <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm>, fecha de consulta 24 de abril de 2014.

Doc. de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico creada en 1994 (Guatemala), publicación del informe en 1999 en varios volúmenes, ver en <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/guatemala/informeREMHI.htm>, fecha de consulta 24 de abril de 2014.

Doc. Informe de la Comisión, Guatemala, Memoria del Silencio, tomo V, Conclusiones y Recomendaciones, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, junio de 1999, pp. 61-63. Ver informe en: <http://www.gt.undp.org/content/>

dam/guatemala/docs/publications/UNDP_gt_PrevyRecu_MemoriadelSilencio.pdf,
fecha de consulta 24 de abril de 2014.

Doc. de la Comisión Colombiana de Juristas, *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz: Una Mirada desde los Derechos de las Víctimas*, Gustavo Gallón Giraldo, Michael Reed Hurtado y Catalina Lleras Cruz (edits.), Bogotá, Colombia, 2007.

Doc. de la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR), *Reintegración en Colombia: Hechos y Datos*, véase en <file:///C:/Users/Israel/Downloads/colombia.pdf>,
fecha de consulta 30 de mayo de 2014.

CPI, Situación en Colombia, Reporte Intermedio 2012, ver en http://www.coljuristas.org/documentos/adicionales/cpi-situacion_en_colombia2012_no_v.pdf, fecha de consulta 7 de junio de 2014

Comisión de Derecho Internacional:

Doc. A/51/10, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones (23 de abril al 1 de junio y del 2 de julio al 10 de agosto de 2001), vol. II, parte II.

Doc. A/54/10, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1 (Part 2), Suplemento 10, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones (3 de mayo - 23 de julio de 1999), vol. II, parte II, pp. 158-182.

Doc. A/51/10, (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Suplemento 10, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones (del 6 de mayo al 26 de julio de 1996), vol. II, parte II.

Doc. A/49/10, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2), Suplemento 10, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo sexto período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994), vol. II, parte II.

Doc. A/46/10, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo tercer período de sesiones (29 de abril-19 de julio de 1991), vol. II, parte II.

Doc. A/31/10, A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2), Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones (del 3 de mayo al 23 de julio de 1976), vol. II, parte II.

Asamblea General de la ONU:

Doc. ONU A/67/997 – S/2013/553, de 16 de septiembre de 2013.

Doc. A/CN.4/488, 25 de marzo de 1998.

Resolución A/68/L.39), de 24 de marzo de 2014.

Resolución A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

Resolución A/RES/60/180, de 20 de diciembre de 2005.

Resolución A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005.

Resolución 49/10 (1994), de 3 de noviembre.

Resolución 48/153 (1994), de 7 de febrero.

Resolución 47/235 (1993), de 14 de septiembre.

Resolución 47/35, de 18 de diciembre 1992.

Resolución 47/33, de 25 de noviembre de 1992.

Resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989.

Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979.

Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974.

Resolución 2444 (XXIII) de 19 de diciembre 1968.

Resolución 1651 (XVI), de 15 de noviembre de 1961.

Resolución 1514 (XV), de 12 de diciembre de 1960.

Resolución 898 (IX), 14 de diciembre de 1954.

Resolución 897 (IX), 4 de diciembre de 1954.

Resolución 177 (II), de 21 de octubre de 1947.

Resolución 489 (V), de 12 de diciembre de 1950.

Resolución 377 A (V), de 3 de noviembre de 1950.

Resolución 260 (III) B, de 9 de diciembre de 1948.

Resolución 177 (II), de 21 de octubre de 1947.

Resolución 96 (I), del 11 de diciembre de 1946.

Doc. E/CN.4/1986/24, de 17 de febrero de 1986.

Doc. E/CN.4/1985/21, de 19 de febrero de 1985.

Doc. E/C.19/2011/4, de 8 de febrero de 2011.

Doc. A/49/508-S/1994/1157, de 13 de octubre de 1994.

Doc. E/CN.4.1995/12, de 12 de agosto de 1994

Doc. E/CN.4/1995/7, de 28 de junio de 1994.

Doc. E/CN.4/S/1993/50, del 10 de febrero de 1993.

Doc. E/CN.4/1993/20, 5 de febrero de 1993.

Doc. E/CN.4/1992/S-1/10, de 27 de octubre de 1992.

Resolución 1992/S-1/1, de 14 de agosto de 1992.

Doc. E/CN.4/1992/S-1/8, de 14 de agosto de 1992

Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, de 12 de agosto de 1991.

Doc. E/CN.4/950, de 27 de octubre de 1967.

Doc. E/CN.4/1075, de 15 de febrero de 1972.

Resolución 2000/69, de 26 de abril de 2000.

Resolución 1999/65, de 28 de abril.

Resolución 1998/29, de 17 de abril.

Resolución 1997/21, de 11 de Abril.

Resolución 1996/26, de 19 de abril.

Resolución 1995/29 de 3 de marzo.

Resolución S-3/1, de 25 de mayo de 1994.

Resoluciones 1992/S-1/1, de 14 de agosto de 1992.

Resoluciones 1992/S-2/1, de 1 de diciembre de 1992.

Consejo de Seguridad de la ONU:

S/PRST/1994/21, de 30 de abril de 1994.

S/PRST/1994/16, de 7 de abril de 1994.

S/PRST/1994/8, de 17 de febrero de 1994.

Resolución S/RES/2085 (2012), del 20 de diciembre.

Resolución S/RES/1973 (2011), del 17 de marzo.

Resolución SRES/1757, de 30 de mayo de 2007

Resolución 1674, de 28 de abril de 2006.

Resolución S/RES/1645 (2005), de 20 de diciembre.

Resolución S/RES/1595, de 7 de abril de 2005.

Resolución S/RES/1566, de 8 de octubre de 2004

Resolución S/RES1386 (2001), de 20 de diciembre.

Resolución S/RES/, de 28 de septiembre de 2001.

Resolución 1279 (1999), de 30 de noviembre.

Resolución S/RES/1272, 25 de octubre de 1999.

Resolución S/RES/1264, de 15 de septiembre de 1999.

Resolución S/RES/1246, de 11 de junio de 1999.

Resolución S/RES/1244 de 10 de junio de 1999.

Resolución S/RES/1189, de 13 de agosto de 1998.

Resolución S/RES/955, 8 de noviembre de 1994

Resolución S/RES/935 de 1 de julio de 1994.

Resolución S/RES/918, de 17 de mayo de 1994.

Resolución S/RES/918, de 17 de mayo de 1994

Resolución S/RES/912, de 21 de abril de 1994.

Resolución S/RES/909, de 05 de abril de 1994.

Resolución S/RES/940 de 31 de julio de 1994.

Resolución S/RES/935 de 1 de julio de 1994.

Resolución S/RES/929, de 22 de junio de 1994

Resolución S/RES/893, de 6 de enero de 1994.

Resolución S/RES/836 de 4 de junio de 1993.

Resolución S/RES/816 de 31 de marzo de 1993.

Resolución S/RES/812, de 12 de marzo de 1993.

Resolución S/RES/794 de 3 de diciembre de 1992.

Resolución S/RES/787 de 16 de noviembre de 1992.

Resolución S/RES/780, de 6 de octubre de 1992.

Resolución S/RES/775, de 28 de agosto de 1992.

Resolución S/RES/771 (1992), de 13 de agosto

Resolución S/RES/767, de 27 de julio de 1992.

Resolución S/RES/764 (1992), de 13 de Julio

Resolución S/RES/751, de 24 de abril de 1992.

Resolución S/RES/746, de 17 de marzo de 1992.

Resolución S/RES/733, de 23 de enero de 1992.

Resolución 583 de 18 de noviembre de 1983.

Resolución 418 de 4 de noviembre de 1977.

Resolución 253, de 29 de mayo de 1968.

Resolución 232, de 16 de diciembre de 1966

Resolución 145 (1960), de 22 de julio.

Resolución 143 (1960), de 14 de julio.

Secretario General de la ONU:

Doc. S/2014/31, de 27 de enero de 2014.

Doc. S/2013/677, de 15 de noviembre de 2013.

Doc. S/2013/261, de 3 de mayo de 2013.

Doc. S/2008/728, de 21 de noviembre.

Doc. S/2005/60, de 7 de febrero.

Doc. S/2000/915, de 4 de octubre de 2000.

Doc. S/2000/786, de 10 de agosto de 2000.

Doc. S/1994/1115, de 29 de septiembre de 1994.

Doc. S/1999/976, de 14 de septiembre.

Doc. S/1994/1405, de 9 de diciembre de 1994.

Doc. S/1994/1125, de 4 de octubre de 1994.

Doc. S/1994/ 640, de 31 de mayo de 1994.

Doc. S/1994/565, de 13 de mayo.

Doc. S/1994/470, de 20 de abril.

Doc. S/25300, de 17 de febrero de 1993.

Doc. S/25274, de 10 de febrero de 1993.

Doc. S/25266, de 10 de febrero de 1993.

Doc. S/25/704, de 3 de mayo de 1993.

Doc. S/1994/470, de 20 de abril, de 1994.

Doc. S/1994/1125, 4 de octubre.

Doc. S/1994/674), 27 mayo de 1994.